

VINÍCIUS ANDRADE DE CARVALHO ROCHA

**O DIREITO E O CASO: APORTES PARA UMA TEORIA DO
PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PRODIR) da Universidade Federal de Sergipe, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais.

Orientador: Professor Doutor Clóvis Marinho de Barros Filho

O DIREITO E O CASO: APORTES PARA UMA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PRODIR) da Universidade Federal de Sergipe, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Dissertação aprovada em _____ de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora

Professor Doutor Clóvis Marinho de Barros Falcão – UFS
Presidente/Orientador

Professora Doutora Flávia de Ávila – UFS
Examinadora Interna

Professora Doutora Andrea Depieri de Albuquerque Reginato – UFS
Examinadora Externa

Coordenadora do Prodir: _____

Professora Doutora Karyna Batista Sposato

São Cristóvão, fevereiro de 2018.

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

R672d Rocha, Vinícius Andrade de Carvalho
O direito e o caso : aportes para uma teoria do precedente judicial no Brasil / Vinícius Andrade de Carvalho Rocha ; orientador Clóvis Marinho de Barros Filho. – São Cristóvão, 2018.
149 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2018.

1. Direito - História. 2. Empirismo. 3. Revisão judicial. 4. Precedentes judiciais. 5. Direito – Estudo de casos. I. Barros Filho, Clóvis Marinho de, orient. II. Título.

CDU 34.03(091)

Para Vicentinho, que foi dar ordens em outras bandas.

AGRADECIMENTOS

É preciso admitir que sou um homem de muita sorte. E é curioso dizer isso porque, no final das contas, você não sabe ao certo a quem deve agradecer: a sorte é, por essência, aleatória... suas determinantes são as leis da probabilidade. A rigor, portanto, sou grato por algumas coisas, mas não saberei dizer exatamente a quem – no fundo, sou grato a todos. Muitas dessas coisas pelas quais sou grato chegaram a mim por obra de pessoas que passei a considerar de fundamental importância em minha trajetória. Dedicarei os próximos parágrafos a elas e às suas obras.

Sou grato, principalmente, pela presença preciosa de meu pai e de minha mãe na minha formação intelectual. O lar em que cresci foi um lar em que a sabedoria esteve sempre em primeiro lugar na definição do quanto se ganhava em autonomia. Crescer não é fácil, mas, rodeado de livros e discos para todos os gostos, eu fui afortunado por contar com a companhia mais perene de todas, que é a própria inquietação do intelecto.

Nas vezes em que essa companhia foi insuficiente, fui agraciado pela companhia (inquieta, também) de meus três irmãos. Parece que seguimos rumos muito diferentes, mas não há como não sentir gratidão pela cumplicidade inquebrantável que nos une até hoje. Sou profundamente grato, em especial, pela presença de minhas duas irmãs em minha vida: em grande medida, elas foram a minha primeira plateia e, sendo eu um sujeito extremamente performático, não há como olvidar essa dívida.

Chego ao fim dessa etapa da vida acadêmica carregando uma bagagem que inclui alguns amigos de mais de vinte anos e alguns de menos de vinte meses. Pelo sentido de pertencimento que os mais antigos me permitem usufruir, sinto a mais nobre gratidão. Vocês me ensinam todos os dias que é possível amar a diferença e reviver os divertimentos ingênuos. Pelo frescor instigante que os mais recentes injetaram em minha vida, sinto a gratidão mais tenra. Sou grato por sentir que injeto o mesmo frescor na vida de vocês também. Que saibamos nos manter novidadeiros uns pros outros.

Por onde passo, recebo a confiança de que preciso para continuar desenvolvendo um sentido constante de curiosidade pelo mundo. Na vida profissional e na vida acadêmica, não tem sido diferente. Meus colegas de trabalho são extremamente hábeis na arte de confiar em mim. Não deve ser uma tarefa fácil. Na graduação e no mestrado, fui agraciado com essa mesma generosidade. No Prodir, meu orientador me deu a liberdade necessária para errar quantas vezes fosse preciso para chegar a esta versão final, que apresento em fevereiro de 2018. Serei eternamente grato pela sorte que tive em indicá-lo no ato de inscrição.

Por acreditarem em vozes nem sempre audíveis no ruído vaidoso do meio jurídico, minha gratidão às professoras Flávia de Ávila (examinadora), Karyna Sposato e Jussara Moreno. Também sou grato pela presença (como professora, como orientadora, como examinadora ou como inspiração intelectual) da professora Andrea Depieri em meu percurso pela pesquisa em Direito.

Conheci o amor em muitas formas. Uma delas é particularmente incentivadora de tudo que busco realizar em minha vida. Ela tem nome e sobrenome e é minha forma preferida de amor. Minha gratidão por essa mulher cuja biografia intersecciona a minha em tantas e tantas páginas.

No decorrer do Mestrado, fui acometido por um episódio de depressão. Se, por um lado, pude contar com a melhor ajuda profissional possível, por outro, cometi o equívoco de não falar a respeito com muitas das pessoas a quem aludo nestas duas páginas. Que este penúltimo parágrafo sirva de *mea culpa* àqueles que não compreenderam a minha mudança de comportamento e que a saúde mental do corpo discente seja um tema de preocupação constante das coordenações dos programas de pós-graduação.

Em dezembro de 2017, enquanto escrevia a versão final deste trabalho, perdi uma presença solar em minha vida. Por tudo que aprendi com você, José Vicente, meu muitíssimo obrigado. E pelo tanto que a sua lembrança continua a me ensinar, minha eterna gratidão.

Pangloss ensinava a metafísico-teológico-cosmolonigologia. Ele provava admiravelmente que não há efeito sem causa, e que, no melhor dos mundos possíveis, o castelo do senhor barão era o mais belo dos castelos e a senhora, a melhor das baronesas possíveis.

"Está demonstrado", dizia ele, "que as coisas não podem ser de outro jeito: pois tudo sendo feito para um fim, tudo é necessariamente para o melhor fim. Notem que os narizes foram feitos para carregar óculos. As pernas foram visivelmente instituídas para usar calças, e nós temos calças. As pedras foram formadas para ser talhadas e fazer castelos; assim meu senhor tem um belíssimo castelo; o maior barão da província deve ser o mais bem alojado; e os porcos sendo feitos para serem comidos, comemos porcos durante o ano todo; por conseguinte, aqueles que afirmaram que tudo está bem disseram uma bobagem; era preciso dizer que tudo está o melhor."

(VOLTAIRE. **Cândido, ou, O Otimismo**. Tradução: Mário Laranjeira. 1ª ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012, p. 32).

RESUMO

Este trabalho propõe uma releitura da história do desenvolvimento do Direito ocidental, levando em consideração alguns aspectos que resultaram em um distanciamento significativo entre as tradições jurídicas de *common law* e de *civil law*. Esse distanciamento é abordado da perspectiva das racionalidades jurídicas que cada uma das tradições passou a privilegiar. No caso do *common law*, destacamos a prevalência de uma racionalidade que prestigia a realidade empírica e a adoção de técnicas que valorizam modelos de argumentação indutivos. Nesse sentido, consideramos que alguns aspectos dessa racionalidade podem ser de especial serventia no contexto de reformas na sistemática processual civil brasileira. A fim de exemplificar a mecânica do precedente em uma situação jurídica concreta, procedemos a um estudo de caso da audiência para sustentações orais em *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, que aguardava deliberação da Suprema Corte norte-americana. Consideramos, não obstante, alguns obstáculos à aplicação desses aspectos no âmbito do sistema jurídico brasileiro: o primeiro deles, de caráter operacional, diz respeito à postura individualista do juiz; o segundo, de caráter técnico, reporta-se à incerteza jurídica que a técnica de ponderação de interesses pode promover em sistemas que incentivam a valorização do precedente. Buscando sintetizar todas as ideias expostas, propomos um instrumento, na forma de escala, para a aferição do potencial de formação de precedente em uma determinada decisão judicial. Por fim, aplicamos a escala proposta à decisão do STF no julgamento da Reclamação 4.335/AC, com vistas a avaliar a sua viabilidade prática.

PALAVRAS-CHAVE: empirismo, indução, precedente, sistema jurídico, tradição jurídica.

ABSTRACT

This work advances a reinterpretation of the history of the development of Law in Western civilization, considering some aspects that have resulted in a significant gap between *common law* and *civil law* legal traditions. This gap is approached from the perspective of the legal rationalities that each of those traditions began to value at some point. In the case of the *common law*, we highlight the predominance of a rationality that honors the empirical reality and the adoption of techniques which value inductive models of reasoning. In this sense, we consider that some of those aspects can be of special usefulness in the context of reforms in Brazil's civil procedural system. To exemplify the mechanics of precedent in a concrete legal situation, we conduct a case study of the transcripts of the oral arguments in *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, awaiting deliberation by the United States Supreme Court. We consider, nevertheless, some obstacles to the applicability of those traits within the Brazilian legal system: the first one, which has an operational nature, concerns the individualistic attitude of the judge; the second, which has a technical nature, refers to the legal uncertainty that the method of 'balance of interests' can promote in legal systems that grant binding force to judicial precedents. In order to synthesize all the ideas discussed, we offer an instrument, in the form of a scale, to measure the potential of a given judicial decision to constitute a judicial precedent. Lastly, we apply the proposed scale to the decision of the Brazilian Supreme Court in the judgment of Complaint 4.335/AC, aiming to assess its practical feasibility.

KEYWORDS: empiricism, induction, precedent, legal system, legal tradition.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 1 LOST IN TRANSLATION: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO OCIDENTAL CONTEMPORÂNEO..... | 17 |
| 1.1 DUAS TRAJETÓRIAS PARA A MODERNIDADE: AS MENTALIDADES CIENTÍFICA E HERMENÊUTICA..... | 21 |
| 1.2 UM PROBLEMA DE ABORDAGEM: RACIONALISMO E EMPIRISMO NO PENSAMENTO FILOSÓFICO MODERNO..... | 31 |
| 1.3 EXTRAPOLANDO AS TRADIÇÕES: UM <i>CIVIL LAW</i> KANTIANO E UM <i>COMMON LAW</i> UTILITARISTA..... | 41 |
| 2 CONCEITOS E MECANISMOS DO <i>COMMON LAW</i>: EM BUSCA DA RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL..... | 53 |
| 2.1 CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS: EM BUSCA DO CONTEÚDO VINCULANTE NO PRECEDENTE..... | 57 |
| 2.1.1 Três sentidos da expressão <i>common law</i> | 58 |
| 2.1.2 A doutrina do <i>stare decisis</i> e a força vinculante dos precedentes judiciais nos sistemas jurídicos de <i>common law</i> | 61 |
| 2.1.3 Vinculação por uma razão: o problema da <i>ratio decidendi</i> | 66 |
| 2.1.4 Valorizando hipóteses: o <i>obiter dictum</i> e o raciocínio indutivo na argumentação jurídica de <i>common law</i> | 71 |
| 2.2 A MECÂNICA DO PRECEDENTE E AS TÉCNICAS JUDICIAIS DE <i>DISTINGUISHING</i> , <i>OVERRULING</i> E <i>REVERSING</i> | 74 |
| 2.2.1 As particularidades do caso concreto e a técnica de <i>distinguishing</i> .. | 75 |
| 2.2.2 A evolução do direito e a técnica de <i>overruling</i> | 77 |
| 2.2.3 <i>Reversing</i> e a questão da criação judicial do direito..... | 80 |
| 2.3 ALGUNS ESCLARECIMENTOS SOBRE AS INOVAÇÕES LEVADAS A EFEITO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... | 83 |
| 3 CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA: UM ESTUDO DO CASO <i>MASTERPIECE CAKESHOP V. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION</i>..... | 87 |
| 3.1 <i>MASTERPIECE CAKESHOP V. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION</i> : NOTAS INTRODUTÓRIAS..... | 89 |

| | |
|---|------------|
| 3.2 A AUDIÊNCIA PARA QUESTIONAMENTOS E SUSTENTAÇÕES ORAIS COMO ETAPA PARA EXPLORAÇÃO DE DESDOBRAMENTOS HIPOTÉTICOS DA <i>RATIO</i> A SER ADOTADA..... | 92 |
| 3.2.1 As teses da parte autora em teste..... | 93 |
| 3.2.2 As teses da parte ré em teste..... | 98 |
| 3.2.3 A réplica de Waggoner..... | 107 |
| 3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS E DELINEAMENTOS FUTUROS..... | 108 |
| 4 INDIVIDUALISMO E INCERTEZA NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: ALGUNS OBSTÁCULOS À LÓGICA DO PRECEDENTE | 111 |
| 4.1 SOBRE O DIAGNÓSTICO DAS ONZE ILHAS OU SOBRE COMO FORMAR PRECEDENTE QUANDO HÁ ONZE <i>RATIONES</i> DISTINTAS..... | 112 |
| 4.2 PONDERAÇÃO DE INTERESSES E A TIRANIA DO CASO CONCRETO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO DECISÓRIO NO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM..... | 116 |
| 4.3 PROPOSTA DE ESCALA PARA AFERIÇÃO DE POTENCIAL PARA FORMAÇÃO DE PRECEDENTE..... | 126 |
| 4.3.1 Potencial para formação de precedente na Reclamação 4.335/AC: uma aplicação da escala proposta..... | 134 |
| 4.3.2 Proposta de interpretação dos resultados da escala..... | 137 |
| CONCLUSÕES..... | 139 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 143 |
| APÊNDICES..... | 149 |

INTRODUÇÃO

Este trabalho surgiu de uma preocupação inicial com os desdobramentos da nova sistemática processual instituída pelo Código de Processo Civil atualmente vigente em nosso ordenamento jurídico. Ele não é, porém, um trabalho sobre o novo Código de Processo Civil. Em alguma medida, em especial no que diz respeito aos esforços relativos à questão da uniformização da jurisprudência nos tribunais brasileiros e à necessidade de adoção de uma lógica sistêmica que incentive a valorização do precedente judicial, ele dialoga com a nova legislação. Mas, sem sombra de dúvida, a análise a que me proponho aqui prescinde do que a regulamentação sobre o tema passou a privilegiar.

É óbvio que a adoção recente da nova sistemática é, por assim dizer, um sinal dos tempos: chegou a hora de propor alguma novidade que seja, aos olhos dos pilares mais antigos da tradição, heterodoxa, porque as soluções ortodoxas não vêm produzindo os ganhos de eficiência desejados. Respeitar precedente judicial em um sistema jurídico de *civil law* é uma dessas novidades aparentemente heterodoxas. Do ponto de vista lógico, defende-se já há algum tempo, seja no âmbito do STF, seja em alguma doutrina mais ou menos influente, que esse respeito é nada mais do que um simples corolário de todas as mudanças institucionais por que passaram sistemas jurídicos como o nosso, tanto no que se refere ao aumento expressivo da demanda em número de ações ajuizadas, quanto no que se refere à subscrição a alguns aportes teóricos, em especial aqueles que se referem ao neoconstitucionalismo e à chamada constitucionalização do Direito, os quais ampliaram significativamente as possibilidades de interpretação judicial.

Constitucionalizar o Direito sem que os órgãos de última instância tenham seus precedentes respeitados, porém, é um pouco como recomendar a economia de papel na Administração Pública por meio de memorandos impressos em papel. Há uma famosa queixa entre advogados que faz jus a esse diagnóstico: cada vara tem a sua Constituição e o seu Código de Processo Civil próprios. Nosso objetivo, então, foi aprofundar a discussão acerca dessa necessidade (seja ela lógica, seja ela institucional) de respeito ao precedente judicial. Para isso, foi preciso recuar um pouco, do ponto de vista histórico, a fim de lançar luz sobre a evolução do Direito no Ocidente e, sobretudo, sobre o distanciamento entre a racionalidade jurídica na área

de influência romano-germânica e a racionalidade jurídica na área de influência anglo-americana.

Isso é feito, principalmente, no primeiro capítulo do trabalho, o qual, por sua vez, não é um capítulo sobre a história do *common law* ou sobre a história do *civil law*, embora ele consista em um apanhado histórico de alguns aspectos que consigam dar conta de compreender satisfatoriamente esse distanciamento em algum sentido que seja elucidativo para o nosso momento presente. Há diversas menções a alguns filósofos e a algumas correntes de pensamento muito em voga no período que vai do século XVI ao século XIX. O capítulo, porém, não é especificamente sobre nenhum deles. A pergunta que ele se propõe a responder é: por que, em alguns aspectos, o Direito civilístico e o Direito anglo-americano adotam racionalidades tão divergentes? Em essência, nossas considerações são fruto de um esforço notadamente especulativo, hermenêutico, interpretativo. Há formas perfeitamente verossímeis de recontar essa história que irão negligenciar alguns dos elementos que destaco, mas isso não enfraquece, espero, o argumento.

A nossa hipótese é que alguns acontecimentos e tendências históricas que não tiveram grande impacto na Inglaterra levaram a uma transformação mais consequente do Direito civilístico, outrora saber prático, em um saber teórico, com vinculações muito bem delineadas em um ambiente acadêmico no qual, por muito tempo, predominou uma concepção de ciência e de conhecimento que desprestigiavam alguns dos traços mais tipicamente associados aos saberes mais tradicionais, os quais eram mais valorizados no contexto humanista do Renascentismo. Em um segundo momento, pós-kantiano, destacamos também a ocorrência de uma inflexão empirista na filosofia epistemológica que, dessa vez, teve mais impacto no mundo anglo-americano do que no mundo romano-germânico. Ocorre, todavia, que é apenas nesse segundo momento que o Direito, na área de influência anglo-saxônica, passa a ser um saber ensinado, primordialmente, em universidades – mas, então, o empirismo já era uma corrente bem mais difundida academicamente e o preconceito de que muitas vezes foi alvo nos séculos XVII e XVIII já não fazia mais parte do vocabulário predominante entre os intelectuais de língua inglesa.

Busco aprofundar essa contaminação do raciocínio jurídico anglo-americano pelo empirismo. A bem da verdade, busco ressaltar que a continuidade entre o Direito renascentista, saber prático, casuístico, em uma acepção não-pejorativa do

casuísmo, e o Direito empiricamente ancorado da Inglaterra e dos Estados Unidos do século XIX é mais flagrante do que a continuidade entre esse mesmo Direito dos séculos XV e XVI e o Direito do século XIX na área de influência romano-germânica. Algo se perdeu com o advento do cartesianismo na tradição continental e, no caso do Direito, essa perda demorou a ser sentida porque o vínculo mais longo do Direito com as universidades e o legado do *Corpus Iuris Civilis*, catalisadores das tentativas de sistematização integral da realidade jurídica, direcionaram as preocupações dos juristas para o desenvolvimento de algumas noções que o assim chamado “prático” dos tribunais tinha pouco interesse em dominar.

Por óbvio, o outro lado da moeda é que o direito inglês foi sempre, e desde muito cedo, um assunto de Estado, isto é, de gestão da sociedade. Esse é um dado que, naturalmente, acrescenta alguns pendores conservadores (o que não é algo inédito na tradição de pensamento britânica) às discussões jurídico-políticas do mundo anglo-americano – mas nada que o século XIX e as incursões pós-hegelianas “de direita”, como às vezes se diz, no Direito romano-germânico tenham sido incapazes de acrescentar às reflexões político-jurídicas do continente europeu. Assim, em que pese a inclinação mais conservadora do pensamento político em língua inglesa, a racionalidade empírica predominante dos saberes práticos argumentativos, como o Direito, serviu como uma garantia de controle, coerência e transparência da atividade judicial.

É neste contexto que exploro as técnicas mais comuns no âmbito da chamada mecânica do precedente judicial, de modo a sinalizar os seus traços indutivos, tendentes a um empenho de quase exaurimento das consequências, desdobramentos e repercussões da posição que eventualmente saia vencedora no litígio sob julgamento. Essa possibilidade, é verdade, só se faz presente em ambientações em que o Direito não se afigure “mais realista do que o rei”, digamos, e admita abertamente alguma participação de considerações utilitaristas no cálculo que conduz à formulação das soluções que ele mesmo é capaz de considerar como razoáveis. Essa abertura ao consequencialismo da decisão, naturalmente, se mostra mais presente nos sistemas jurídicos de *common law* do que nos sistemas jurídicos de *civil law*, muito embora, aqui e ali, falemos cada vez mais em “modulação” dos efeitos da sentença com uma indisfarçada reverência ao mundo real.

No capítulo terceiro, procuro exemplificar, por meio de um estudo de caso, como a racionalidade jurídica da mecânica do precedente se manifesta na prática.

Utilizo como objeto para análise a transcrição da audiência realizada em 05 de dezembro de 2017 para o julgamento do caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, em que se discute se um prestador de serviços pode recusar a encomenda de um bolo de casamento para um casal de pessoas do mesmo sexo sob a alegação de que a confecção do bolo violaria as suas crenças religiosas. Buscamos explorar as considerações, de caráter predominantemente empírico-indutivo, levantadas pelos juízes da Suprema Corte norte-americana. Parece haver uma espécie de preocupação especial com a “vocação” da decisão a ser tomada para funcionar enquanto precedente, a tal ponto que os juízes parecem clamar as partes a demonstrar que uma deliberação neste ou naquele sentido não irá provocar uma situação indesejável para todas as partes e/ou para a sociedade como um todo.

Por último, exploro dois obstáculos que reputo essencialmente como potenciais inviabilizadores da adoção de uma lógica do precedente em nossa prática judicial. O primeiro deles, de natureza operacional, diz respeito a um certo individualismo do julgador em órgãos colegiados (mas não são neles, em geral) que dificulta a elucidação de uma *ratio decidendi* apta a formar precedente. O segundo deles, de natureza técnica, refere-se    nossa predileção, ao menos no que diz respeito a casos jurídicos de difícil solução, pela técnica de ponderação de interesses. A despeito de sua incontestável serventia nas situações em que o Direito não dispõe de instrumentos suficientes para fornecer uma resposta satisfatória, a sua invocação frequente conduz a uma incerteza jurídica mais comum do que deveria ser considerado aceitável,    falta de clareza na fundamentação e à impossibilidade de o jurisdicionado prever com alguma razoabilidade as suas chances de sucesso em um litígio.

Essas duas últimas considerações culminam em uma proposta de escala para aferição do potencial de uma decis   o judicial enquanto precedente. Tal proposta traduz um esforço crescente, no âmbito do Direito, por formas de investigação que façam uso da vastíssima fonte de informações (de *fenômeno*, por assim dizer) que    a jurisprudência, um banco de dados amplamente negligenciado no meio acadêmico, mesmo entre juristas e estudiosos do Direito. Não há por que não supor que essa observação fecha, em alguma medida, um círculo: há um reencontro, na percepção dessa necessidade de olhar para o que o Direito dos tribunais produz, com aquilo que se buscou explorar no primeiro capítulo, no qual o jurista da tradição

romano-germânica parece desinteressado em se debruçar sobre as vicissitudes da vida prática e prefere manter o foco em questões mais teóricas como a completude do sistema ou a demonstração lógica de que a validade da norma jurídica prescinde de sua legitimidade política ou axiológica.

O nosso problema, portanto, foi compreender em que medida as racionalidades jurídicas de *civil law* e de *common law* são distintas e, de que modo, essas diferenças podem dificultar a adoção de uma lógica do precedente na sistemática processual civil brasileira. Em relação ao primeiro questionamento, exploramos a hipótese de que, historicamente, a transformação do Direito em um saber teórico foi mais drástica na área de influência da tradição romano-germânica do que na área de influência anglo-saxônica. Essa mesma transformação ocasionou a adoção de alguns pressupostos que, em resposta ao segundo questionamento, podem, sim, funcionar como obstáculos a uma flexibilização da racionalidade jurídica na direção de posturas mais receptivas a um modelo de argumentação mais indutivo e consequencialista.

O nosso objetivo, então, foi aprofundar essas duas hipóteses (uma sobre a transformação em saber teórico e a outra sobre os obstáculos que essa transformação enseja no que diz respeito a uma teoria do precedente judicial), de uma maneira que nos permitisse articular reflexões já existentes na literatura em torno de um eixo de interpretação elucidativo para os problemas propostos. Nesse sentido, propus uma releitura hermenêutica, por assim dizer, de alguns desenvolvimentos históricos do Direito no primeiro capítulo e uma exposição quase didática da lógica do precedente no segundo capítulo. Neste último, busquei destacar em cada uma das técnicas analisadas o seu pendor empírico-indutivo, a fim de reforçar a minha segunda hipótese. Ilustrativamente, procuro demonstrar a operacionalização dessa mecânica no estudo de caso apresentado no capítulo terceiro. Por não se tratar de um estudo de caso de uma decisão propriamente dita, não tive a oportunidade de identificar as técnicas da mecânica do precedente em um pronunciamento judicial de mérito, mas, as considerações do capítulo segundo me parecem suficientes para ilustrar o que os juízes da Suprema Corte estavam tentando fazer na audiência para questionamentos e sustentação oral.

Há ainda um capítulo final que, como já dito, serviu para aprofundar a discussão sobre os obstáculos em dois aspectos específicos, já mencionados, que julgo intimamente relacionados à história contada no capítulo inicial. Reforço um

pouco o argumento. Operacionalmente, considero que os juízes em nosso sistema jurídico podem ser tomados como um pouco individualistas no que tange à deliberação colegiada. Não sou o único a dizer isso, por óbvio, mas julgo importante ressaltar esse aspecto de uma perspectiva operacional, uma vez que, em muitos casos, um precedente judicial nada mais é do que a “opinião” de um órgão colegiado (no jargão jurídico de língua inglesa, inclusive, são fartas referências como “*the opinion of this Court*”). Em um segundo sentido, técnico, reputo que a utilização da chamada ponderação de interesses pode acrescentar alguns elementos obscurantistas ao processo decisório. Tampouco sou o primeiro a dizê-lo (e diz-se isso, de um outro modo, quando se critica a invocação descontrolada do chamado princípio da dignidade da pessoa humana), mas, novamente, avalio ser importante vincular essa tendência à possibilidade de adoção de uma lógica do precedente, na medida em que, as soluções reveladas no âmbito da técnica de ponderação costumam se justificar mais como a exceção à regra do que como a excepcionalidade que aperfeiçoou a regra.

As reflexões expostas não necessariamente precisariam resultar na formulação de uma escala para mensuração do potencial da decisão para formar precedente. Mas, em alguma medida, elas serviram para organizar essas reflexões em um contexto de observação empírico-científica, passível de quantificação, dos discursos e formas simbólicas que se produzem no âmbito do Direito enquanto prática social. As decisões judiciais são apenas um desses discursos, mas, já o dissemos, são ainda pouquíssimamente utilizadas como objeto de estudo. Parece-nos que o novo CPC nos impulsiona a repensar essa postura: os tribunais são chamados a organizar a sua jurisprudência, o que é mais do que simplesmente uniformizá-la, inclusive. Uma escala como a que propomos pode servir para indicar quais decisões podem funcionar como vetores dessa organização, de modo a que seja cada vez mais possível extrair sentidos da jurisprudência no que se diz respeito à pergunta “qual é o Direito do caso” (*what is the law of the case*).

1 LOST IN TRANSLATION: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO OCIDENTAL CONTEMPORÂNEO

“Foi o melhor e o pior dos tempos, a idade da sabedoria e a da insensatez, a era da fé e a da incredulidade, o Século das Luzes e a Estação das Trevas, a primavera da esperança e o inverno do desespero. Tínhamos tudo e nada tínhamos, íamos todos diretamente para o Céu, ou íamos em direção diametralmente oposta – em suma, aquele período era de tal modo semelhante ao atual que algumas das suas autoridades mais estridentes insistiam em falar dele no grau superlativo; de superioridade ou de inferioridade.”. (Charles Dickens)

Há um desgastado clichê sobre um sentido mais profundo da palavra “crise”. Dizem-se algumas coisas sobre a etimologia da palavra, derivada do latim *crisis*, por sua vez oriunda do grego *krísis*, e dizem-se tantas outras mais sobre o significado literal do ideograma chinês que a traduz – *weiji*. Reza o clichê, *weiji* seria o resultado da junção do ideograma *wei*, que denota “perigo”, e do ideograma *ji*, que denota “oportunidade”. O ideograma *ji*, porém, assume esse sentido apenas quando tomado em conjunto com o ideograma *hui*, para formar *jihui*. Isoladamente, *ji* tem outros significados. E na forma *weiji*, por sua vez, *ji* assumiria o sentido de “momento crucial”, de modo que *weiji*, a tradução mandarina de “crise”, nada mais seria do que um “momento crucial de perigo”.¹ Mas suponhamos que exista aí, na verdade, um desejo ocultado de profecia. Oxalá seja a crise uma oportunidade! Todo momento crucial de perigo, afinal, parece, em alguma medida, sê-lo. Se a ele sucede um momento ainda mais dramático, então foi apenas a crise que se aguçou. Se, porém, a ele sucede uma inflexão positiva, então é porque se fez da crise oportunidade. Aqui, justifica-se o clichê, porque, via de regra, bem-intencionado.

Há crises e crises, porém. Algumas se prolongam por tanto tempo que, de algum instante em diante, passam a definir a própria atividade da qual um dia foi apenas predadora. Destacarei neste trabalho duas delas. A primeira é a crise da modernidade enquanto instância epistemológica. Ela parece estar tão difundida nas reflexões jurídicas contemporâneas que a “crise epistemológica da modernidade” é quase a metonímia por excelência da assim chamada “pós-modernidade”. Tudo que se produz em Direito parece se reportar a essa crise nas possibilidades de valoração

¹ RODRIGUES, S. Crise: perigo, oportunidade e... papo furado. **Sobre Palavras**, 17 fev. 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/crise-perigo-oportunidade-e-8230-papo-furado/>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

dos fenômenos humanos e à busca de parâmetros de aplicação do Direito que consigam, ao menos de uma perspectiva funcional, driblá-la. A segunda crise é a crise do próprio acesso à justiça, tão ou mais longa do que a publicação do relatório assinado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth² sobre o tema e que hoje serve de referência para as discussões sobre o assunto em foros internacionais. Há um sentido compartilhado de que as engrenagens dos poderes judiciários das autointituladas democracias ocidentais costumam ser custosas, lentas e incertas.

Os problemas de que falam Cappelletti e Garth aparecem recorrentemente como pano de fundo de reformas processuais que buscam mitigá-los em algum desses aspectos. O caso brasileiro é particularmente profícuo em tentativas de acenar positivamente, nem sempre com muito sucesso, às soluções pensadas e testadas no âmbito de outros sistemas jurídicos. Deixaremos a tarefa de comentar esse histórico para outros estudiosos. Aqui, importa apenas destacar, em primeiro lugar, que o Brasil é especialmente suscetível às pressões internacionais do multilateralismo global, as quais, para o bem ou para o mal, impõem algumas inovações no *modus operandi* das instituições públicas. Este não é o espaço para aprofundar a discussão sobre tal postura, mas, parece-nos claro que a busca por protagonismo internacional é um incentivo para adotar o que a cartilha do multilateralismo global passou a considerar boas práticas.

Em segundo lugar, há que levar em consideração o fato de que o Brasil é apenas um recém-chegado às práticas democráticas que impulsionaram os movimentos por acesso à justiça. Na maior parte da nossa história, prevaleceram modos de organização governamental autoritários e oligárquicos, o que torna a própria ideia de direito fundamental uma recentíssima novidade – para não falar, é claro, do direito subjetivo previsto no inciso LXXVIII da Constituição de 1988³, quase uma excentricidade em um país em que a parábola “Diante da Lei”, de Franz Kafka⁴,

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

O original se chama “*Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*” e foi publicado em 1978. No Brasil, foi editado na forma de livro.

³ “Art. 5º. (...)”

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”. (BRASIL, 2017a).

⁴ KAFKA, Franz. **O Processo**. Tradução: Guimarães Editores. Alfragide, Portugal: LeYa, 2009. (Publicações Dom Quixote). Versão EPUB.

perde parte de seu poder alegórico em função da semelhança de grau com o funcionamento típico das engrenagens de distribuição de decisões judiciais e administrativas no Brasil.

Acresça-se a isso o fato de o Brasil ter passado por um crescimento demográfico significativo em épocas não muito distantes e em período que coincidiu com os esforços mais bem-sucedidos de modernização das funções estatais. Hoje, vive-se um momento de litigiosidade exacerbada, que se vale de uma estrutura judiciária incapaz de acompanhar o aumento na demanda por decisões judiciais de mérito. Nada é mais ilustrativo, nesse sentido, do que os balanços publicados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça⁵. Em 2016, o número de processos judiciais em tramitação no Brasil era de aproximadamente 79,7 milhões. Naquele mesmo ano, a cada 100 mil habitantes, 12.907 ingressaram com uma ação judicial – praticamente 13% da população brasileira, uma estatística que, se extrapolada *ceteris paribus*, resultaria na litigância em polo ativo de toda a população do país em cerca de sete anos e nove meses. Quando confrontado com 2015, o número de processos judiciais aumentou em 5,6%, chegando a 29,4 milhões novas demandas em um único ano.

O ano-base do último relatório coincide com o primeiro ano de vigência do novo Código de Processo Civil, promulgado em março de 2015. A nova legislação, que passou para a categoria de vigente a partir de 18 de março de 2016⁶,

“Diante da Lei” está contida no capítulo nono de “O Processo”, intitulado “Na Catedral”. A história é narrada por um padre e antecede o capítulo final da obra, servindo de desfecho para a experiência de Josef K. com a maquinaria judicial pela qual havia sido alvejado.

⁵ BRASIL. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2017b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2017b.

Cabe destacar que o próprio Conselho Nacional de Justiça foi criado por ocasião da chamada Reforma do Poder Judiciário de 2004, implementada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A ideia era criar um órgão no âmbito do Poder Judiciário, conforme preceituado no próprio texto constitucional reformado (art. 92), cujas funções incluíssem a de controle externo dos seus demais órgãos. A mesma Emenda que criou o CNJ, a propósito, incluiu o supracitado inciso LXXVIII ao art. 5º do texto constitucional.

⁶ CONJUR. Novo CPC entrará em vigor no dia 18 de março, define Plenário do STJ. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 02 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-02/cpc-entrara-vigor-dia-18-marco-define-stj>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

O debate sobre a data exata de início da vigência do novo Código de Processo Civil não fugiu aos costumes do bacharelismo doutrinário ainda em voga nas reflexões jurídicas no Brasil. No fim, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a data inicial de vigência seria o dia 18 de março de 2016, a mesma data indicada pelo Conselho Nacional de Justiça em

representou um dos últimos esforços político-institucionais para desafogar o Judiciário brasileiro, em especial no que diz respeito a demandas repetitivas e a litígios passíveis de solução por vias alternativas. Ainda assim, entre 2015 e 2016, houve aumento no número de casos novos por magistrado tanto no 1º grau (de 1.513 para 1.561 novos casos por ano) quanto no 2º grau (de 1.524 para 1.533 novos casos)⁷. Uma leitura grosseira dos números parece indicar que, na prática, todo litígio é levado à segunda instância, o que sugere um elevado grau de inconformismo com as decisões de primeiro grau e/ou uma elevada confiança na possibilidade de reforma da decisão em uma instância superior (ou apenas um desejo de postergar ao máximo os efeitos de uma decisão de mérito).

É tendo essas peculiaridades em vista que os maiores incentivadores da nova legislação processual civil acreditam que a aproximação com algumas ferramentas processuais típicas de países com sistemas jurídicos de *common law* será bem-vinda. Um dos primeiros a profetizar sobre as mudanças que estavam sendo implementadas na prática judicial brasileira (para além da adoção de uma nova sistemática processual cível, frise-se) foi o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki, para quem a “jurisdição constitucional brasileira se estrutura em torno da valorização dos precedentes judiciais e da jurisprudência para além do que dita a doutrina clássica.”⁸ Em essência, havia um Ministro do STF e um novo Código de Processo Civil sinalizando uma tendência, inédita, de respeito aos precedentes judiciais, os quais, em algumas hipóteses, passariam a ganhar uma espécie de força vinculante *ultra partes*.

Era uma espécie de última resposta à crise de gestão judicial que se arrasta desde pelo menos a promulgação da Constituição de 1988. E, se, em torno do significativo “crise”, há uma vontade de “oportunidade”⁹, segundo as elucubrações –

deliberação própria, mas que, em alguma medida, foi acusado de usurpar a competência do primeiro. Por si só, o imbróglio sobre a data de início de vigência já é material bastante para um estudo sobre as técnicas de interpretação judicial no Brasil.

⁷ BRASIL, 2017b, p. 92.

⁸ CANÁRIO, Pedro. Caminhamos a passos largos para o *common law*, afirma Teori Zavascki. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

⁹ Parafraseio, sem muitas preocupações com a coerência do referencial teórico de que me valho, o conceito de “vontade de potência”, central na filosofia de Friedrich Nietzsche, em especial, para o momento atual, se tomado como uma doutrina de unidade da ciência (considerando, por óbvio, o sentido mais alargado do *Wissenschaft* germânico), conforme a proposta interpretativa de R. Lanier Anderson. Ver: ANDERSON, R. Lanier. Nietzsche’s Will

semanticamente equívocas, mas, talvez, pragmaticamente inequívocas – das mentes mais otimistas, é preciso discutir que oportunidade é essa. De que perigos ela nos distancia e de que perigos ela nos aproxima. Neste capítulo, buscaremos contextualizar os esforços por maior eficiência na prestação jurisdicional no Brasil em um panorama histórico que leve em consideração os principais desafios e as mais pronunciadas ambiguidades da chamada modernidade. Em alguma medida, as escolhas de que nos valem no que diz respeito às experiências, práticas e saberes jurídicos no decorrer dos dois últimos séculos, pelo menos, serviram para nos afastar de alguns perigos e para nos aproximar de outros. Uma correção de rumos deve servir para nos reposicionar em relação a esses perigos, inerentes, quiçá, à experiência da modernidade. Não há espaços seguros nas narrativas modernas, mas pode haver posições estrategicamente bem situadas.

1.1 DUAS TRAJETÓRIAS PARA A MODERNIDADE: AS MENTALIDADES CIENTÍFICA E HERMENÊUTICA

Para cada pensador sobre o qual se diz ser o iniciador de algo, há um outro sobre o qual se diz ser o iniciador daquilo que, em nossos reducionismos esquemáticos, o antagoniza. Assim, se a ortodoxia moderna começa, para a maioria das histórias da filosofia, em René Descartes, há uma heterodoxia moderna que parece começar, para um número razoável de entusiastas das heterodoxias, em Giambattista Vico, o patrono, talvez, do culturalismo, da hermenêutica e do historicismo contemporâneos.¹⁰ Ele pode ter sido um dos primeiros intelectuais modernos a chamar a atenção para os excessos da liturgia moderna, cujo entusiasmo em relação à matematização do conhecimento abria pouco espaço para dissidências, isto é, para nada que fosse muito além do embate entre racionalismo e empirismo.

É uma firula moderna esta de dividir o mundo em esquemas duais de compreensão. A historiografia moderna tratará de situar o próximo grau de ascendentes desse hábito no pensamento clássico greco-romano, na teologia hebraica ou na filosofia cristã, mas a mãe da criança parece ser mesmo a própria

to Power as a Doctrine of the Unity of Science. **Studies in History and Philosophy of Science**, v. 25, n. 5, p. 729-750.

¹⁰ SALDANHA, Nelson. **Da Teologia à Metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 5.

modernidade. E, se por vezes o recurso serve para ocultar a falta de profundidade teórica de quem especula, às vezes, quando leva em conta o dinamismo do embate, ele enriquece a análise e desvela a ambiguidade inerente a todas as grandes tendências, aquela metáfora segundo a qual toda semente traz em si o germe de sua própria destruição. Quiçá destruição seja uma escolha lexical demasiadamente moderna, porém, e queira significar um pouco menos do que isso: renovação, transformação, devir.

O Direito, enquanto conjunto de experiências, práticas e saberes concernentes à gestão dos conflitos sociais de um determinado povo, não ficou imune às transformações que a modernidade impôs. Na verdade, por sua própria natureza, o Direito tem servido como uma das mais férteis arenas para que os embates de que falávamos no início desta seção sejam travados. Foi em seu âmbito, talvez, que os esforços mais contraproducentes de aplicação do rigor metodológico das ciências naturais às “ciências sociais” foram levados a efeito. Foi em seu âmbito também que os acúmulos de uma herança intelectual que remonta ao menos aos primórdios da civilização jônica se fizeram sentir com mais força, servindo, em alguma medida, de contraponto à tendência de substituição dos saberes tradicionais pelos conhecimentos oferecidos pela técnica.

Este capítulo busca situar os desdobramentos da modernidade filosófica no que diz respeito à reflexão jurídica, levando em consideração justamente as contradições internas do projeto moderno, o qual, a grosso modo, promete libertar o ser humano de superstições metafísicas, ao mesmo tempo que o submete a uma nova liturgia, secularizada e pretensamente racional.¹¹ Na releitura que propomos dessa encruzilhada moderna, porém, daremos um tratamento geográfico um pouco incomum no campo jurídico e que leva em conta, justamente, as concepções sobre Direito nas duas tradições jurídicas predominantes no Ocidente, quais sejam, o *common law* e o *civil law*. Seria dizer o óbvio sugerir que essas tradições se encontram, hoje, ancoradas em tendências filosóficas que se foram aprofundando no decorrer dos dois últimos séculos, mas é exatamente isso que buscaremos assinalar aqui.

¹¹ SALDANHA, op. cit., p. 7-11.

As tradições filosóficas (analítica e continental, por assim dizer¹²) e as tradições jurídicas de que tratamos neste capítulo atuam em áreas de influência geograficamente coincidentes. Para o escopo deste capítulo, nossa proposta interpretativa baseia-se nas ideias desenvolvidas pelo filósofo inglês Simon Critchley¹³, o qual sugere que essas ancoragens geograficamente condicionadas estão associadas a alguns perigos tipicamente enraizados no modo de pensar moderno. De um lado, há o perigo do cientificismo, da adoção de uma perspectiva completamente matematicizante dos fenômenos humanos, mais comumente vinculada aos métodos e aos objetivos da assim chamada filosofia analítica, cuja área de influência geográfica corresponde à parcela anglo-saxônica do Ocidente – onde funcionam sistemas jurídicos ligados à tradição do *common law*. De um outro lado, há o perigo do obscurantismo, do retorno a generalizações metafísicas insuscetíveis de falseamento e, portanto, de uma nova “teologização” da experiência humana, mais comumente relacionada aos anseios e às leituras da assim chamada filosofia continental, cuja área de influência geográfica corresponde agora à parcela romano-germânica do Ocidente – onde funcionam, por sua vez, sistemas jurídicos ligados à tradição do *civil law*.

Quando dizemos, então, que é razoável supor que da crise nasce uma oportunidade e que o novo Código de Processo Civil é uma resposta oportuna à crise da gestão judicial no Brasil, é preciso delimitar que oportunidade queremos, neste caso específico. O objetivo deste capítulo é estabelecer que possibilidades de

¹² A terminologia é eminentemente inglesa e, obviamente, comporta simplificações que desaconselham o seu uso em algumas circunstâncias. O termo “continental” evoca, naturalmente, a insularidade da Grã-Bretanha e seu relativo distanciamento histórico de algumas tendências políticas, econômicas ou culturais no “continente” europeu propriamente dito, em especial na França e na Alemanha. É possível utilizá-lo em outros contextos, inclusive. Um café-da-manhã continental, por exemplo, seria assemelhado a um café-da-manhã servido em Paris. Neste trabalho, usaremos a expressão de maneira intercambiada com a expressão filosofia moderna europeia. O termo “fenomenologia”, preferido por alguns durante um certo período, consegue ser ainda mais reducionista do que a expressão “filosofia continental”. Da mesma forma, a expressão “filosofia analítica” também oculta algumas tendências tipicamente anglo-saxônicas, a exemplo do pragmatismo e da filosofia pós-analítica, bem como algumas apropriações de suportes teóricos oriundos da tradição europeia, caso do pós-estruturalismo e do desconstrutivismo franceses, sobretudo em algumas correntes das ciências sociais e humanas. A bem da verdade, não há uma terminologia perfeita para esses casos: o próprio termo “anglo-saxônico” padece de problemas por ofuscar o legado de outros povos mais influentes, nesse sentido, do que os saxões. Aqui é importante registrar somente que, na boca de um inglês, por exemplo, tais expressões poderiam soar um tanto condescendentes.

¹³ CRITCHLEY, Simon. **Continental Philosophy**: a very short introduction. New York: Oxford University Press, 2001. p. 77-121.

recepção da nova sistemática processual são oportunas e quais são perigosas no sentido referido acima: quais possibilidades de recepção representariam um flerte com tendências obscurantistas em nossa reflexão jurídica contemporânea. Essa delimitação é extremamente contextual e histórica, de modo que esta parte do trabalho servirá, a bem da verdade, como um longo introito aos temas que serão discutidos nos três capítulos subsequentes.

Para começar, então, gostaria de aludir à proposta interpretativa do filósofo britânico Stephen Toulmin¹⁴, para quem a modernidade teve dois “começos”, um humanista e um racionalista. O primeiro teria nascido com o ceticismo humanista de Michel de Montaigne e o segundo teria nascido com o racionalismo de René Descartes. Os continuadores do ceticismo humanista de Montaigne inseriram no projeto moderno uma pauta oculta, que, no vocabulário acadêmico de esquerda do século XX, poderia ser conceituada como contra-hegemônica. A radicalização das diferenças levou a uma ruptura entre teoria e prática, duas noções que sempre estiveram conjugadas na empreitada intelectual greco-romana, mas que se distanciaram sobremaneira a partir, sobretudo, dos dualismos kantianos. Essa mesma ruptura, na opinião de Simon Critchley¹⁵, é o ponto de partida do divórcio entre verdade e significado ou entre conhecimento e sabedoria – em última instância, é a mesma ruptura que deu origem a tradições filosóficas geograficamente situadas que só a partir do último quarto do século XX passaram a ser questionadas sobre a obsolescência de tal recurso esquemático.

Nesse contexto, o famoso embate entre racionalistas, agora em sentido estrito, e empiristas nos séculos XVII e XVIII, e a subsequente síntese kantiana, dá conta apenas de uma face da mentalidade moderna cuja crise vem sendo um dos principais temas de filosofia desde pelo menos o início do século XIX. Há um embate mais consequente aqui e ele põe em evidência os vários caracteres comuns a Descartes e a Hume, por exemplo. Esta face mais evidente da modernidade filosófica e científica, na visão de Toulmin, é, porém, muito mais um estreitamento do horizonte intelectual – bem-vindo sob vários aspectos, vale dizer – do que a historiografia tradicional parece sugerir.

¹⁴ TOULMIN, Stephen. **Cosmopolis**: The Hidden Agenda of Modernity. Chicago, US: The University of Chicago Press, 1992. p. 5-44.

¹⁵ CRITCHLEY, op. cit.

Além de reconsiderar os pressupostos históricos que fundamentam a visão majoritária, a qual retrata o século XVII como uma época em que as condições para o trabalho científico melhoraram significativamente, também é preciso olhar mais uma vez para a crença arraigada segundo a qual a ciência e a filosofia do século XVII desenvolveram uma preocupação inédita com a racionalidade e com as reivindicações da Razão. Essa crença é enganosa em dois sentidos. Em vez de expandir o escopo para um debate racional ou razoável, os cientistas do século XVII o estreitaram. Para Aristóteles, tanto a Teoria quanto a Prática eram passíveis de análise racional, em maneiras que diferiam de um campo de estudos para o outro. Ele reconheceu que os tipos de argumentos relevantes para diferentes assuntos dependiam da natureza desses assuntos, e que eles diferiam em graus de formalidade ou de certeza: o que é “razoável” na clínica médica é julgado em termos diferentes do que é “lógico” na geometria. Os filósofos e cientistas do século XVII, porém, seguiram o exemplo de Platão. Eles limitaram a “racionalidade” a argumentos teóricos que alcançavam certeza ou necessidade quase geométrica: para eles, a física teórica era um campo de estudo e debate racional em um sentido que a ética e o direito não conseguiam ser. Em vez de fazer uma busca por procedimentos “razoáveis” de todos os tipos, Descartes e seus sucessores esperavam incluir todas as disciplinas no âmbito de uma teoria formal: como resultado, deixando-se impressionar apenas por demonstrações formalmente válidas, eles acabaram mudando a própria linguagem da Razão – notoriamente, palavras chave como “razão”, “racional” e “racionalidade” – de maneira sutil, mas significativa.¹⁶ [maiúsculas no original; tradução própria]

A grosso modo, a narrativa saída das tintas de um entusiasta da ciência e da epistemologia modernas corre um grande risco de ocultar o papel do humanismo renascentista e de seus desdobramentos intelectuais posteriores, ou de apropriá-los

¹⁶ TOULMIN, op. cit., p. 20. No original: “In addition to reconsidering the historical assumptions underlying the received view, which depicted 17th century as a time when the conditions of work in the sciences improved, we also need to look again at the deeper belief that 17th-century science and philosophy developed an original concern for rationality and the claims of Reason. This belief is misleading in two ways. Rather than expanding the scope for rational or reasonable debate, 17th-century scientists narrowed it. To Aristotle, both Theory and Practice were open to rational analysis, in ways that differed from one field of study to another. He recognized that the kinds of argument relevant to different issues depend on the nature of those issues, and differ in degrees of formality or certainty: what is “reasonable” in clinical medicine is judged in different terms from what is “logical” in geometrical theory. Seventeenth-century philosophers and scientists, by contrast, followed the example of Plato. They limited “rationality” to the theoretical arguments that achieve a quase-geometrical certainty or necessity: for them, theoretical physics was thus a field for rational study and debate, in a way that ethics and law were not. Instead of pursuing a concern with “reasonable” procedures of all kinds, Descartes and his successors hoped eventually to bring all subjects into the ambit of some formal theory: as a result, being impressed only by formally valid demonstrations, they ended by changing the very language of Reason – notably, key words like “reason”, “rational”, and “rationality” – in subtle but influential ways.”.

apenas enquanto etapas de um processo que se aperfeiçoa somente a partir de Descartes. Todavia, do ponto de vista do Direito, em especial, essa é uma forma empobrecedora de considerar a modernidade. O saber jurídico, quando comparado à mecânica newtoniana ou ao cartesianismo propriamente dito, parece existir desde tempos imemoriais, se quisermos abusar do clichê. Mas, ao mesmo tempo, na medida em que é um reflexo de macrotendências incontornáveis, ele precisou se reinventar enquanto Direito moderno, e não sem alguma dose de sacrifícios, quando vistos retrospectivamente.

Para a mentalidade científica, aquela da face mais evidenciada da modernidade, as expectativas que recaíam sobre o Direito, enquanto instrumento útil de gestão de sociedades complexas e secularizadas, eram muitas e, hoje parece ser consenso, demasiadamente otimistas. A face oculta do projeto moderno, porém, também tinha suas próprias expectativas para o Direito, as quais, apesar de às vezes igualmente otimistas, parecem, ao menos da perspectiva de uma escola de pensamento típica dos anos 1970 e seguintes, por exemplo, mais factíveis. Essas expectativas estão em linha com um certo ceticismo cosmopolita que nos legou uma completa reavaliação das possibilidades da natureza humana, seja em um sentido filosófico (a exemplo do próprio Montaigne ou de Erasmus de Roterdã, ou ainda de Francis Bacon, de certo modo), seja em um sentido literário (caso de Shakespeare e de Rabelais) ou seja em um sentido político (Maquiavel figurando aqui como o arquétipo por excelência dessa racionalidade). A historiografia tradicional não sabe exatamente em que período histórico esses autores devem ser incluídos, mas há mais certeza sobre o fato de não se tratarem mais de pensadores medievais do que sobre o fato de não se tratarem ainda de pensadores modernos. Apenas um empenho intelectual deliberado de caracterização mais homogênea do pensamento moderno, porém, justifica a exclusão desses nomes da história a ser contada.¹⁷

Em alguma medida, é como se a história tradicional considerasse que a trajetória para a modernidade fosse algo que viesse sendo percorrido por um sujeito com uma mentalidade científica. Mas, para usar uma metáfora psicanalítica, essa mentalidade científica precisaria reprimir um outro tipo de mentalidade, hermenêutica, por assim dizer, para conseguir pôr em marcha o seu projeto. O que

¹⁷ TOULMIN, op. cit., p. 22-28.

ele ignora é que essa mesma mentalidade hermenêutica¹⁸ está no embrião desse mesmo projeto que a mentalidade científica acredita estar em perigo justamente em razão do que consideraria, digamos, superstições românticas. É certo que há uma versão oposta para essa fábula, na qual o romântico é que desconfia que as verdadeiras intenções do cientista consistam em um completo domínio dos assuntos humanos pela técnica, consumado por avanços impiedosos na capacidade das máquinas de processarem informações. O preceito moral dessas duas versões da mesma fábula, por óbvio, não poderia deixar de ser a temperança ou a moderação, virtudes que poderiam ser benéficas tanto para o cientista quanto para o hermeneuta.

Essa história é bastante ressonante para aqueles saberes ancorados em uma racionalidade prática que, no afã moderno de ruptura com a tradição, foram levados a se ancorar em uma racionalidade teórica. O Direito é um desses saberes que se viram no fogo cruzado daquilo que a mentalidade científica acusava de “confusão irracional” e que a mentalidade hermenêutica, outrora inominada, chamava de “profusão intelectual”.^{19 20} Segundo Toulmin, esse processo, tomado em linhas mais gerais, resultou em quatro tendências que, em nossa análise, acabaram por desprivilegiar alguns aspectos do repertório cultural humano mais afeitos ao léxico dos cultores da “sabedoria”, em benefício dos cultores do “conhecimento”.²¹

¹⁸ O uso do termo “hermenêutica” neste trabalho, seja como substantivo, seja como adjetivo, é bastante alargado em seu escopo e significado. Na teoria jurídica, a palavra acabou servindo para designar uma certa inclinação interpretativa do assim chamado operador do Direito. Aqui, porém, ela acaba sendo muito mais do que isso. Uma postura hermenêutica seria uma postura que busca sentidos nas ações humanas e nos produtos dessas ações, em especial quando essas ações se materializam sob a forma de textos. Em um sentido ainda mais ampliado, porém, a hermenêutica seria um “inquérito acerca das condições mais profundas para a interação simbólica e para a cultura em geral”. (RAMBERG; GJESDAL, 2005) [tradução própria]. Nesse sentido, também, este trabalho adota, ele mesmo, uma postura hermenêutica de busca de sentidos mais ou menos ocultos em fatos históricos mais ou menos bem estabelecidos.

¹⁹ TOULMIN, op. cit., p. 27.

²⁰ É claro que os saberes renascentistas flertaram abundantemente com todos os tipos de sandices e superstições possíveis à época. Basta lembrar que a alquimia era um dos maiores impulsionadores da busca pelo conhecimento. Mas isso não exime o racionalismo do século XVII, que poderia ser tão supersticioso quanto. No fundo, o que se sabia à época era muito pouco quando se leva em conta o que se sabe hoje e, assim, era muito menos difícil conciliar crenças pessoais com descobertas científicas que, posteriormente, viriam a se revelar desanimadoras aos olhos de quem busca um sentido maior para o canteiro de obras da natureza.

²¹ A dicotomia “sabedoria” e “conhecimento” é proposta por Simon Critchley (2001) em sua monografia sobre o significado da expressão “filosofia continental”. A sabedoria (*wisdom*, no original) estaria associada a saberes práticos e o conhecimento (*knowledge*, no original) a

Desprivilegiou-se o oral em favor do escrito, o particular em favor do universal, o local em favor do geral e o tempestivo em favor do eterno.

A propósito do primeiro abandono, Toulmin²² afirma que o programa da filosofia moderna “deixou de lado todas as questões relativas à *argumentação* – entre pessoas particulares em situações específicas, lidando com casos concretos, em que havia várias coisas em jogo – em favor de *provas* que poderiam ser registradas por escrito” [destaques no original]. Associada a essa escolha teríamos o relativo desprestígio da “retórica” durante o período de maior proeminência da racionalidade positivista que costuma ser um dos alvos preferidos da mentalidade hermenêutica. No caso do favorecimento do universal em detrimento do particular, Toulmin observa que no período medieval e renascentista era comum que teólogos e filósofos morais, ao abordarem questões relativas à ética, adotassem uma perspectiva casuística, assemelhada, segundo o próprio autor, àquela que ainda ocorre no *common law* anglo-americano. Essa postura, pare ele, estaria mais em linha com a filosofia política e moral de Aristóteles, para quem não havia uma forma universal do Bem. A esse respeito, observa:

Nas práticas médica e jurídica, as demandas pragmáticas do dia-a-dia ainda importavam e a análise de casos particulares continuavam a gozar de respeitabilidade intelectual. Mas, dali em diante, a casuística era alvo de um vasto desdém da parte de filósofos morais, assim como os lógicos fizeram com a retórica. Após os anos 1650, Henry More e o platonismo de Cambridge transformaram a ética em um campo para teoria geral e abstrata, divorciada de problemas concretos da prática moral; e, desde então, filósofos modernos tendem a pressupor que – assim como Deus e a Liberdade, ou a Mente e a Matéria – o Bom e o Justo se adequam a princípios universais e atemporais.²³ [maiúsculas no original; tradução própria]

saberes teóricos. Segundo Critchley, a filosofia clássica valorizava a junção desses dois saberes, mas algo se perdeu com a chegada da modernidade. Como consequência, os filósofos continentais restaram mais apegados à especulação e aos saberes práticos e os filósofos anglo-saxônicos mais apegados à ciência e aos saberes teóricos.

²² Op. cit., p. 31. No original: “The research program of modern philosophy thus set aside all questions about *argumentation* – among particular people in specific situations, dealing with concrete cases, where varied things were at stake – in favor of *proofs* that could be set down in writing, (...)”.

²³ Op. cit., p. 32. No original: “Within the practice of medicine and law, the pragmatic demands of daily practice still carried weight, and the analysis of particular cases retained intellectual respectability. But, from now on, casuistry met the same comprehensive scorn from moral philosophers as rhetoric did from the logicians. After the 1650s, Henry More and the Cambridge Platonists made ethics a field for general abstract theory, divorced from concrete problems of moral practice; and, since then, modern philosophers have generally

Em relação à terceira dicotomia, o desprestígio do local em favor do universal desprivilegiou ramos do saber que tinham mais afinidade com a etnografia, a geografia e a história, todas elas estimuladas, no período renascentista, pelo contato com outras tradições culturais e outras paisagens naturais.²⁴ Por último, abriu-se mão da tempestividade em nome de um saber que fosse dotado de aplicabilidade atemporal, o que resultou em mais um estreitamento do horizonte de saberes práticos como o Direito. Para Toulmin, todos os problemas da prática jurídica são tempestivos, na medida em que se reportam a instantes específicos no tempo. O abandono desse senso de oportunidade pode redundar, inclusive, em escolhas irracionais. Toulmin exemplifica essa possibilidade com a decisão de um marinheiro que resolve mudar seu curso de navegação em dez graus: a racionalidade dessa decisão depende de sua tempestividade; por mais que o marinheiro execute a manobra de mudança de curso de maneira perfeita, se ele a postergar ou a antecipar em demasia, a decisão de alterar a rota será irracional.²⁵

É nesse contexto de mudanças aceleradas que um dos ramos mais tradicionais do saber, justamente o Direito, entra em um período de perda de protagonismo enquanto fonte de inspiração intelectual. Para fins de ilustração, reproduziremos mais uma vez o diagnóstico de Toulmin:

Para os estudiosos do século XVI, o modelo por excelência de um “empreendimento racional” era o Direito e não a Ciência. O saber jurídico lança luz não apenas sobre o vínculo entre “racionalidade prática” e “tempestividade”, mas também sobre a significância da diversidade local, a relevância da particularidade e o poder retórico da argumentação oral: em comparação, qualquer projeto para uma filosofia natural universal soava aos humanistas como problemático. (...).
 (...). A partir dos anos 1630, estudantes de Direito podiam continuar a buscar na filosofia uma fonte de métodos intelectuais; mas no âmbito da filosofia, direito e medicina tinham papéis apenas marginais. Os filósofos não tinham nenhum interesse em fatores que

assumed that – like God and Freedom, or Mind or Matter – the Good and the Just conform to timeless and universal principles.

²⁴ Não é à toa que essas tendências ressurgem com especial força no final do século XVIII e no século XIX, em especial no contexto do romantismo germânico, uma das principais contracorrentes do projeto iluminista.

²⁵ TOULMIN, op. cit. 32-34.

tomassem o Bom de maneiras diferentes em épocas diferentes.²⁶
[tradução própria]

Em suma, houve, sobretudo nos séculos XVII a XIX, uma perda relativa de importância dos assim chamados saberes práticos em relação aos saberes teóricos. Hoje é fácil perceber que, naquilo em que foi levado ao pé da letra, o cartesianismo e os seus desdobramentos levaram a filosofia moderna a uma espécie de beco sem saída.²⁷ Mas, no calor dos acontecimentos sem precedentes que transformaram o mundo naquela época, as vozes que primeiro chegaram a esse prognóstico passaram algum período relativamente proscritas. Uma delas é a de Giambattista Vico, a que fizemos referência no começo deste capítulo, com lastro na síntese histórica levada a efeito por Nelson Saldanha.²⁸ Considerado por muitos um visionário do papel mais ‘compreensivista’, diremos, que deveria caber às ciências sociais e humanas no contexto mais geral do conhecimento humano, Vico é um dos críticos silenciados do Iluminismo, seja porque falava de uma Itália em franco declínio intelectual, seja porque suas ideias pareciam excessivamente cravadas em um paradigma ainda renascentista.²⁹

Porém, se considerarmos que os começos da modernidade devem ser situados um pouco antes do *cogito* cartesiano, de modo que possa contemplar o ceticismo humanista de Montaigne, por exemplo, bem como outros pontos fora da curva do Renascentismo, as nossas concepções sobre o moderno se ampliam e a repisada crise da modernidade perde um pouco de seu sentido prático. É claro que os efeitos de um distanciamento tão prolongado dessas duas visões de mundo ainda

²⁶ TOULMIN, op. cit., p. 34. No original: “For 16th-century scholars, the very model of a “rational enterprise” was not Science but Law. Jurisprudence brings to light, not merely the link between “practical rationality” and “timeliness”, but the significance of local diversity, the relevance of particularity, and the rhetorical power of oral reasoning: by comparison, all projects for a universal natural philosophy struck the humanists as problematic. (...). From the 1630s on, students of jurisprudence might continue to look to philosophy as a source of intellectual methods; but within philosophy law and medicine played only marginal parts. Philosophers had no interest in factors that held good in different ways at different times.”.

²⁷ Observe-se que isto ecoa as chamadas dificuldades autorreferenciais de que fala Richard Rorty (1998, p. 57) ao tratar do “relativismo” de que ele mesmo é acusado. Em vários aspectos, as ideias que apresento tomam a crítica pragmatista na filosofia, em especial na formatação que a confere Rorty, como um discurso bem fundamentado de releitura da história do pensamento moderno.

²⁸ Op. cit., p. 3.

²⁹ Ver NADDEO, Barbara Anne. **Vico and Naples: The Modern Origins of Modern Social Theory**. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2011.

se devem fazer sentir por um bom tempo, sobretudo quando se tem como panorama intelectual aquele descrito, com múltiplas possibilidades de replicação de sentidos, por Charles Percy Snow, um físico que era ao mesmo tempo romancista e que, portanto, parecia manter um pé em cada uma das “duas culturas” a que aludiu em uma aula inaugural na Universidade de Cambridge no ano de 1959. Para Snow³⁰, o ambiente intelectual inglês da época se havia cindido em dois polos comunicáveis: um de literatos e um de cientistas. Critchley³¹ faz uma analogia entre essa cisão e o afastamento das tradições filosóficas analítica e continental. Esta analogia servirá para fundamentar as nossas especulações em torno do afastamento correspondente que ocorreu entre as tradições jurídicas de *common law* e de *civil law*.³²

1.2 UM PROBLEMA DE ABORDAGEM: RACIONALISMO E EMPIRISMO NO PENSAMENTO FILOSÓFICO MODERNO

Em alguma medida, a produção filosófica de Descartes é fruto de um ambiente de extrema incerteza política e de esgarçamento máximo das tensões decorrentes das guerras religiosas que varreram a Europa durante a primeira metade do século XVII. Por muito tempo, as narrativas acerca do surgimento da filosofia moderna foram historicamente descontextualizadas nesse sentido, a ponto de perderem de vista o impacto que problemas como a intolerância religiosa extremada da Europa pós-reforma seriam capazes de provocar. A vida de Descartes é descrita como a vida de um intelecto, – o que não deixa de ser uma homenagem póstuma ironicamente adequada para o caso – mesmo quando se sabe que o mundo ao seu redor era fonte de tantas perplexidades que nem a mais reclusa das mentes humanas seria capaz de ignorá-las sem curvar-se, por um instante que fosse, aos caprichos dos acontecimentos. Com essas considerações em mente, fica

³⁰ SNOW, Charles Percy. **The Two Cultures and The Scientific Revolution** – The Red Lecture – 1959. New York: Cambridge University Press, 1961. Disponível em: < http://sciencepolicy.colorado.edu/students/envs_5110/snow_1959.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2018.

³¹ Op. cit., p. 49-53.

³² A título de esclarecimento, não pretendo negar que na tradição anglo-americana a cisão entre ciência e hermenêutica é muito mais patente do que na tradição continental, a ponto de a filosofia analítica de língua inglesa ser às vezes comparada a uma espécie de “zeladora” do edifício das ciências. O meu argumento não desconsidera essa questão. Porém, no esquema geral das coisas, especificamente o Direito, na tradição anglo-saxônica, foi menos influenciado pelos processos que levaram a essa cisão.

mais fácil compreender em que contexto o pensamento moderno mais tipicamente recepcionado como moderno precisou virar as costas para o cosmopolitismo eclético do século XVI para imergir em uma fase marcadamente solipsista.³³

Aqui, irei falar em uma fase porque o nosso objetivo é sustentar que, mesmo no âmbito da mentalidade científica, aquela a que se contrapõe a mentalidade hermenêutica, houve um retorno para posturas mais fincadas na realidade empírica além do próprio sujeito. Obviamente, refiro-me aqui ao empirismo, em especial no sentido que a palavra adquire quando associada ao adjetivo britânico. Essa tensão já se fazia presente mesmo na obra de Descartes, na qual a “busca da certeza” era mitigada, na opinião de Toulmin, pelos aspectos mais propriamente científicos de seu trabalho – e que serviriam de ponto de partida, por exemplo, para a mecânica newtoniana. Para além do fundacionalismo de sua filosofia, havia uma vocação criptológica em suas preocupações científicas, as quais seriam continuadas, com mais propriedade, e com várias reservas, por pensadores britânicos do que por pensadores do continente europeu.³⁴ Onde a postura epistemológica fundacional prevaleceu, porém, os problemas associados à adequação de saberes tipicamente práticos a parâmetros aplicáveis a saberes tipicamente teóricos tiveram consequências duradouras.³⁵

A Ética prática tinha ficado agora em segundo plano: em detrimento dela, a filosofia moral havia seguido a trajetória teórica da filosofia natural. Em vez de buscar as minúcias da prática moral, os filósofos passaram a se concentrar em esclarecer e distinguir os conceitos éticos e em formular axiomas universais e atemporais que (na visão de um racionalista) pudessem atuar como o alicerce de qualquer sistema ético “racional”. [aspas no original; tradução própria]³⁶

³³ TOULMIN, op. cit., p. 45-62.

³⁴ Uso a expressão “criptologia”, em tradução literal da terminologia utilizada por Toulmin, o qual, se reporta à crença na possibilidade de revelação das leis ocultas da natureza (como as leis de Newton, por exemplo). Essa vontade de revelação, herdada do cartesianismo, se aperfeiçoa, pouco a pouco, se transmutando de “certeza matemática” em “probabilidade estatística”, a forma de expressão preferida do paradigma científico contemporâneo.

³⁵ TOULMIN, op. cit., p. 72-76.

³⁶ TOULMIN, op. cit. 76. No original: “Practical ethics now took second place: instead, moral philosophy followed the theoretical road of natural philosophy. Rather than pursue the minutiae of moral practice, philosophers concentrated on clarifying and distinguishing the concepts of ethics, and formulating the universal, timeless axioms that (for a rationalist) must lie at the base of any “rational” system of ethics.”.

Em que medida essa tendência afetou a prática do Direito é algo de que Toulmin nos dá notícia com uma alusão especial ao *common law* britânico. Segundo ele, a administração do Judiciário continuou a ter como referência os métodos típicos de apreciação judicial que se haviam desenvolvido na Inglaterra, lentamente, desde a conquista normanda, na segunda metade do século XI. Esses métodos levavam em conta aspectos do caso *in concreto* de uma maneira que em pouco se diferenciava dos debates casuísticos característicos da filosofia moral e da teologia medievais e renascentistas. Eram métodos, por natureza, antifundacionais, por assim dizer. Por outro lado, no que diz respeito ao estudo acadêmico do Direito, então menos privilegiado no contexto britânico, houve uma reviravolta notável, com a adoção de objetivos cada vez mais formais e teóricos, algo palpável nas formulações mais consequentes do jusnaturalismo setecentista.³⁷

É um fato manifesto, a propósito, que o desenvolvimento de uma tradição acadêmica no Direito é muito mais longo nas universidades romano-germânicas do que nas universidades britânicas. A história cheia de exceções do *common law* parece nos fornecer algumas pistas sobre o porquê desse fenômeno específico, e os juristas que mais puderam se debruçar sobre o problema parecem ter atentado para esse aspecto. René David³⁸, por exemplo, ao se referir à formação dos juristas na tradição romano-germânica, nota que, por muito tempo, o Direito parecia estar ligado à teologia moral. Os juristas eram aqueles que tinham estudado o Direito romano como um modelo da razão, o que era bastante diferente dos causídicos, que eram conhecedores de regras processuais, mas careciam de uma cultura jurídica mais geral. Desses profissionais de menor graduação não se exigia formação universitária, que consistia em algo mais voltado para o ensino de princípios jurídicos do que de minúcias do dia a dia da prática judicial.

Consta que o primeiro curso para formação em Direito foi ministrado apenas em 1758, na Universidade de Oxford, e em 1800 na Universidade de Cambridge.³⁹ Diante da complexidade da técnica processualística do *common law*, por muito tempo houve pouco estímulo para que uma educação jurídica universitária fosse

³⁷ TOULMIN, op. cit., p. 76.

³⁸ DAVID, René; BRIERLEY, John E. C. **Major Legal Systems in The World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law.** 3ª ed. London, UK: Stevens & Sons, 1985. (Special Edition for the members of the Legal Classics Library). p. 352-353.

³⁹ Comparativamente, já em 1088 a Universidade de Bolonha, considerada a mais antiga no mundo, já mantinha cátedras em Direito.

algo vantajoso do ponto de vista da prática dos tribunais. De fato, como observa René David⁴⁰, a pessoa tipicamente tida como a mais douda em Direito no *common law* tende a ser o juiz, que chegou ao posto depois de passar algum tempo na condição de advogado, ao passo em que, na tradição romano-germânica, a pessoa com mais expertise em Direito seria, sem muito espaço para dúvida, um professor universitário, o que revela que, em um sentido não-negligenciável, as próprias concepções de Direito nas duas famílias jurídicas ocidentais pareciam ser diferentes.

É importante assinalar que, ao menos inicialmente, esses fatores não foram relevantes no contexto da produção filosófica inglesa propriamente dita, a qual também experimentou uma fase de racionalismo fundacional. Basta lembrar, nesse contexto, da filosofia política de Thomas Hobbes, por exemplo, e compará-la com a filosofia política renascentista de Maquiavel, fincada que estava em uma série de pressupostos que, em tudo, nos sinalizava que ali estávamos a falar de um ente político específico localizado na península itálica. O fato de os dois autores serem classificados como realistas não significa dizer que, metodologicamente, seus percursos fossem os mesmos ou sequer assemelhados. Mas, não se deve perder de vista, por outro lado, que foi no ambiente intelectual britânico que as reações mais consequentes a uma filosofia moral e política fundacionalistas puderam ecoar. Nesse aspecto, Habermas faz uma observação bem-vinda no segundo capítulo de “Entre Fatos e Normas”:

A doutrina social da filosofia moral escocesa, porém, já lançava dúvida sobre o racionalismo das teorias de Direito natural, destacando que práticas estabelecidas, costumes e instituições não se curvavam às concepções do direito formal. Adam Ferguson e John Millar, ainda situados entre a política clássica e a economia política contemporânea, estavam apenas começando a mudança de Aristóteles para Marx. Enquanto empiristas, eles se opunham ao *prescricionismo* de um direito racional cujos argumentos normativos não levassem em conta as particularidades históricas e os fatos socioculturais. Enquanto precursores da sociologia e da antropologia, eles se opunham a um *racionalismo* que pretendesse contemplar metodologicamente o tecido informal das relações sociais, as instituições vigentes, as posições de interesse mais arraigadas e as estruturas de classe em um sistema de regras deliberadamente construído.⁴¹ [destaques no original; tradução própria].

⁴⁰ DAVID, op. cit., p. 338-339, 353.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Tradução: William Rehg. Cambridge, US: The MIT Press, 1996. (Studies in contemporary German social thought). p. 43-44. No original: “The social doctrine

É nesse contexto, então, que gostaríamos de alegar que o empirismo britânico funcionou como um importante anteparo para que o desenvolvimento tanto de saberes práticos quanto de saberes teóricos se desgarrasse de objetivos com inclinações mais metafísicas ou transcendentais. Isso é verdade tanto para os saberes que se desenvolveram no âmbito das *Royal Societies*⁴², quanto para aqueles cujo surgimento esteve mais nitidamente ligado às instituições acadêmicas, bem como para aqueles saberes mais antigos cujo alicerce era justamente a tradição, as práticas e os costumes mais longevos. Dentre esses saberes, naturalmente, estaria o Direito, que, além de relativamente desvinculado das discussões acadêmicas que mais se deixaram envolver em discussões teóricas de cunho fundacional no caso inglês, pôde se beneficiar de uma certa complacência dos intelectuais empiristas, os quais, por óbvio, considerariam vãos, do ponto de vista epistemológico, os esforços pela busca de uma verdade moral universal que pudesse dizer algo de definitivo acerca das noções de justiça desenvolvidas no âmbito do *common law*.

Para aprofundar a discussão das questões levantadas acima, retomarei algumas das teses mais importantes defendidas por Simon Critchley ao explicar o distanciamento gradativo que ocorreu entre a tradição analítica na filosofia e a chamada tradição continental. Para isso, é preciso considerar de que maneira a recepção do projeto kantiano, um projeto com repercussões palpáveis na trajetória jurídica romano-germânica, ocorreu na porção continental da Europa e no mundo

of the Scottish moral philosophers, however, already cast doubt on the rationalism of natural-law theories, pointing out that established practices, customs, and institutions resisted conceptions of formal law. Adam Ferguson and John Millar, still standing between classical politics and contemporary political economy, were just beginning the move from Aristotle to Marx. As empiricists, they opposed the *prescriptivism* of a rational law whose normative arguments disregarded historical particularity and sociocultural facts. As early sociologists and anthropologists, they opposed a *rationalism* that would neatly resolve the informal fabric of received social relations, established institutions, deeply anchored interest positions, and class structures in a deliberately constructed system of rules.”.

⁴² Fundada em 1660, a “Real Sociedade de Londres para o Melhoramento do Conhecimento Natural” simbolizava a intervenção direta da Coroa britânica na busca por conhecimentos científicos. A sua existência, por si só, já sugere uma certa exasperação em relação ao ritmo ainda excessivamente escolástico, digamos assim, das Universidades britânicas. Depois dela, outras Reais Sociedades foram fundadas, com delimitações temáticas mais nítidas. Outros países europeus também criaram instituições análogas. O lema da Real Sociedade fundada em 1660, *Nullius in verba*, um comando para que não se tome a palavra de ninguém como algo consolidado – um lema empirista, a bem da verdade.

anglo-americano. No contexto que antecede as três críticas de Kant, é importante levar em conta o que Toulmin⁴³ chama de “os três sonhos” do racionalismo: o sonho de um método racional, o sonho de uma ciência unificada e o sonho de uma linguagem totalmente precisa – este último, um sonho particularmente leibniziano. Esses três sonhos eram uma fonte de constantes ambiguidades e tensões no projeto moderno, decorrentes de suas vinculações ao conhecimento matemático, por um lado, e ao conhecimento empírico, de outro.

Segundo Toulmin⁴⁴, nos três séculos que se seguem à década de 1660, época que marca um período de relativa estabilidade na vida política de França e Inglaterra, então os dois Estados nacionais mais importantes da Europa, as idas e vindas dos anseios contraditórios de uma mentalidade científica racionalista e de uma mentalidade científica empirista se fizeram sentir perenemente. A mecânica newtoniana, neste contexto, seria representante de uma mentalidade científica mais teórica, sem uma inclinação imediata para a instrumentalidade e com uma preocupação bastante pronunciada de compatibilização com a existência de Deus, por exemplo, ou de leis ocultas imutáveis. Os representantes da mentalidade científica mais prática, por assim dizer, seriam os empiristas, continuadores de uma tradição embrionada por Francis Bacon, um pensador ainda fincado no Renascimento e, portanto, no humanismo, na visão de alguns. No auge do prestígio da mecânica newtoniana, os interesses frugais de Bacon eram tidos não apenas como menos nobres ou vulgares, mas até mesmo como heréticos ou profanos.

O empirismo britânico, nesse sentido, pode ser interpretado, desde o início, como um reencontro com algumas premissas abandonadas das origens mais remotas do projeto moderno, que, como vimos, estão fincadas em uma certa “modéstia prática dos humanistas, que os permitiram viver livres de ansiedade, não obstante a incerteza, a ambiguidade e o pluralismo.”. [tradução própria]⁴⁵ Não é à toa, então, que a insígnia de cético possa ser aplicada tanto à predisposição cosmopolita de Montaigne quanto às cautelas não-paralisantes de David Hume⁴⁶. Os

⁴³ Op. cit., p. 104-105.

⁴⁴ Op. cit., p. 105.

⁴⁵ TOULMIN, op. cit., p. 105. No original: “(...) the practical modesty of the humanists, which let them live free of anxiety, despite uncertainty, ambiguity, and pluralism.”.

⁴⁶ Nesse sentido, ver Falcão (2013, p. 112), que, em alusão a Rorty e a Shapiro, afirma: “O iluminismo maduro, pelo menos desde David Hume, já é consciente das limitações de sua proposta, aceita o falibilismo e entende a ilustração como processo, como uma contínua busca de melhores e renovados apoios para nossas crenças.”.

desafios lançados por Hume foram determinantes para que Kant pudesse reorientar sua produção intelectual na direção de uma filosofia crítica da própria racionalidade. Para Alexandre Araújo Costa⁴⁷, ao pôr em xeque a noção de causalidade, David Hume mostrou que a “certeza científica sobre fatos empíricos estava assentada sobre crenças⁴⁸ e que, portanto, a evidência racional cartesiana não poderia ser nada além do resultado de uma arraigada fé em suas próprias ilusões.”.

É sintomático dessa continuidade inexplorada entre os pressupostos céticos do humanismo renascentista e do empirismo moderno que o que estava sob escrutínio na obra de Hume não fossem os saberes tradicionais do período medieval e renascentista, mas, sim, as formulações teóricas supostamente objetivas que a filosofia moderna nos tinha legado.⁴⁹ Mas, dirá Kant na *Crítica da razão pura*, se ao invés de os conceitos se conformarem aos objetos, conforme prescrição mais típica do empirismo do século XVIII, os objetos se conformarem aos conceitos, para todos os efeitos, um alicerce válido para o conhecimento humano, empírico, diga-se, poderá ser firmado.

Kant alegou que Hume o acordou de um ‘sono dogmático’ ao lhe mostrar que, se levarmos o desafio cético a sério, então nós nunca poderemos saber ao certo se os nossos conceitos, na medida em que se baseiam em sensações e impressões flutuantes, correspondem de maneira adequada aos objetos em-si-mesmos e se produzem conhecimento. A saída de Kant é virar o problema de ponta-cabeça e reconhecer que, embora seja impossível conhecer as coisas em-si-mesmas, os objetos de nossas representações [mentais ou psíquicas] são conformes aos conceitos que nós temos deles de um modo que é suficiente para o conhecimento. Essa virada de ponta-cabeça é o que Kant chamou de “giro copernicano” na filosofia. O mundo empírico é, de fato, real para nós, mas de modo a explicar como o conhecemos é preciso pressupor logicamente, ou no jargão kantiano, ‘transcendentalmente’, um sujeito ou uma consciência capaz de unir intuições sob conceitos. Essa é, a grosso modo, a tese do chamado ‘idealismo

⁴⁷ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF. 420 fls. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp149009.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018. p. 71.

⁴⁸ Aqui, é importante recordar que Hume trabalha com um conceito específico de percepção, que é gênero do qual impressões e ideias são espécies. As crenças, por sua vez, resultariam, grosseiramente, da regularidade de nossas percepções.

⁴⁹ COSTA, op. cit., p. 71.

transcendental', uma tese que Kant considerava compatível com o realismo empírico.⁵⁰ [destaques no original, tradução própria].

A citação acima incorpora a perspectiva tradicional sob a qual a filosofia de Kant foi recebida pelos autores de língua inglesa, a saber, como uma filosofia preocupada com o problema do conhecimento e da ciência.⁵¹ Essa perspectiva também se fez presente, no âmbito da tradição de pensamento continental, nas formulações conglobadas sob a alcunha de “neokantismo”, as quais estiveram no centro das preocupações intelectuais francesas e alemãs no período entre 1890 e 1920, segundo Critchley.⁵² É nessa acepção, a propósito, que a teoria geral do Direito de Hans Kelsen pode ser considerada como neokantiana. Essa orientação contrasta, porém, com aquela de que se valem as duas críticas kantianas subsequentes, a saber, a *Crítica da razão prática* e a *Crítica da faculdade do juízo*.

No caso desta última, em especial, o desejo de completude do projeto crítico de Kant se lança em uma tentativa de compreensão da razão humana, em sentido amplo, que seja capaz de explicar as conexões entre as chamadas faculdades do entendimento e da razão, aqui em sentido estrito (a significar apenas a razão relacionada aos problemas práticos da moral e da liberdade). A ponte entre essas duas faculdades seria justamente o objeto da terceira crítica de Kant, ou seja, a própria faculdade do juízo, do julgamento, a qual serviria de árbitro entre os domínios da natureza e da cultura. Sob essa nova perspectiva, o principal elemento da filosofia kantiana seria justamente o problema da relação entre os saberes teóricos e os saberes práticos.⁵³ Embora por muito tempo tenha sido largamente relegada a segundo plano no contexto da filosofia anglo-americana, essa questão

⁵⁰ CRITCHLEY, op. cit., p. 17-19. No original: “Kant claimed that Hume awoke him from his ‘dogmatic slumber’ by showing that if we take the skeptical challenge seriously, then we can never be sure whether our concepts, based as they are in fleeting sensations and impressions, adequately correspond to objects in themselves and produce knowledge. Kant’s response is to turn the whole issue round by acknowledging that, although we can never know things-in-themselves, the objects of our representations conform to the concepts we have of them in a manner sufficient for knowledge. This turning round is what Kant calls the ‘Copernican turn’ in philosophy. The empirical world is indeed real for us, but in order to explain how we make sense of the world we have to presuppose logically, or in Kant’s parlance ‘transcendentally’, a subject or consciousness that unites intuitions under concepts. This is the rough shape of the thesis that is called ‘transcendental idealism’, a thesis that Kant thinks is consistent with empirical realism.”.

⁵¹ Talvez porque essa seja a parte da filosofia de Kant que dialoga mais diretamente com a obra de David Hume, um autor de língua inglesa.

⁵² Op. cit., p. 19.

⁵³ CRITCHLEY, op. cit., p. 19.

dominou todos os debates filosóficos importantes na Alemanha do século XIX, que tem sido precisamente o berço das principais reflexões teóricas sobre o Direito no âmbito dos países da tradição jurídica de *civil law* desde então.

No contexto da filosofia alemã, as críticas mais pertinentes à tentativa de sistematização de Kant se dirigiam ao caráter excessivamente formal do conhecimento e ao divórcio entre teoria e prática, razão e experiência. São críticas, portanto, que se ressentem do que o projeto iluminista em sua faceta racional-científica teria deixado para trás: aquela modéstia pragmática tão típica do Renascimento e a dissidência heterodoxa que, na porção continental da Europa, encontraria eco nas vozes do já referido Giambattista Vico e seu culturalismo, de Voltaire e sua crítica aguda aos dogmas de Leibniz e Wolff ou mesmo de Rousseau, com sua visão extremamente suspeitosa dos intelectuais. O desafio estava lançado, entretanto, e encontrar um princípio unificador para os diversos dualismos kantianos passou a ser a preocupação mais corajosa da filosofia continental. O niilismo era a outra opção sobre a mesa, uma opção que representava o mergulho na escuridão da era que se intitulava “a era das Luzes”.⁵⁴

Note-se que, como dito, o Direito, na tradição romano-germânica, passou a desenvolver-se, há muito, enquanto saber teórico cujo espaço por excelência de difusão eram as universidades. Foi, então, nesse ambiente de conflagradas aporias filosóficas, que o Direito se pôde firmar como saber autônomo, com linguagem e método próprios, mas não imunes ao contexto mais geral das reflexões teóricas da época. Sempre presente como uma ameaça velada nos discursos anti-iluministas de Burke, Hamman e Jacobi, a ameaça do niilismo fez com que as escolhas intelectuais com que se deparavam os pensadores do século XIX que se lançavam neste desafio de unificação dos dualismos kantianos fossem escolhas do tipo “ou tudo ou nada”: ou se admite Deus ou o ser humano é Deus por analogia – uma antiga profecia apocalíptica que remonta ao mito de Prometeu se concretizaria.⁵⁵

Uma opção óbvia para o Direito romano-germânico, dada a sua proximidade institucional às ciências naturais e teóricas, foi, então, firmar-se como ciência, moldar-se à imagem e à semelhança de um tipo de saber que, nas classificações

⁵⁴ CRITCHLEY, op. cit., p. 19-22.

⁵⁵ CRITCHLEY, op. cit., p. 27. Critchley nota ainda que é esse o contexto de concepção do romance “Frankenstein”, de Mary W. Shelley.

dualistas tão ao gosto da modernidade, expressava justamente a sua antítese. Assim, segundo Lafer⁵⁶:

Foram as propriedades ideais do discurso científico que, no século XIX, teve a característica de uma crença generalizada, na acepção de Ortega, que levaram à ideia de substituir o relativismo contraditório do saber jurídico-filosófico, inverificável e não-conclusivo, pelo conhecimento científico. Este foi visto como o verdadeiro saber confiável, pois por ser tendencialmente unitário e verificável, permitiria uma acumulação de certezas. Estas indicavam a possibilidade de progresso, além de ter relevância prática na medida em que dariam ao homem condições de agir com conhecimento de causa e com mais precisa capacidade de previsão.

Essa opção, para o escopo deste trabalho, é o cerne da própria crise com a qual iniciamos este capítulo. Em nosso entender, uma identificação rigorosa do Direito com os métodos de uma ciência em sentido estrito levou a uma série de desentendimentos conceituais que tornaram a decisão judicial um ofício quase desumano. Dizemos isso quando temos em vista as infinitas possibilidades de descrença que pairam sobre a legitimidade da decisão judicial em um mundo que se mostra cada vez mais avesso a concepções metafísicas dos valores humanos, mas cujo Direito, que aqui parece ter surgido apenas entre as últimas décadas do século XVIII e as primeiras décadas do século XIX, é extremamente ligado a uma concepção metafísica dos valores humanos, uma concepção que pouco se modificou desde então.

Num ambiente intelectual desconfiado do empirismo e do utilitarismo, como é o caso da Europa continental, mais ancorada, do ponto de vista epistemológico, em um racionalismo mais tipicamente afeito a formas de pensar dedutivas, agarrar-se com unhas e dentes a uma concepção de ser humano quase teológica foi a saída mais provável. Essa saída só seria implementável se levada a efeito às custas da própria experiência, razão pela qual muitas páginas tiveram que ser escritas sobre a necessidade de mais teoria e de mais ciência pura no Direito e sobre as propostas

⁵⁶ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 43.

mais definitivas de modelos teóricos. O problema, e aqui transcrevemos mais uma observação de Toulmin⁵⁷, é que:

“nenhum formalismo interpreta a si mesmo; nenhum sistema valida a si mesmo; nenhuma teoria exemplifica a si mesma; nenhuma linguagem formal predetermina seus próprios significados; nenhuma ciência prevê que tecnologia será benquista.”. [tradução própria].

Na seção seguinte, falaremos de três aspectos em que a racionalidade que inspira o *civil law* difere daquela que inspira o *common law*. Esses três aspectos não dizem respeito a técnicas específicas de invocação de precedentes, mas sim de concepções mais gerais acerca do Direito e de seu funcionamento como um todo. Em nossa proposta interpretativa, entendê-las é a chave para que instrumentos como o novo Código de Processo Civil, por exemplo, possam servir como oportunidades para a superação da crise permanente de nossos discursos legitimadores, em vez de nos fazer mergulhar ainda mais em um oceano de autorreferências inócuas. Não há dúvida, nesse sentido, de que o sistema jurídico brasileiro está calcado em uma tradição jurídica de *civil law*. Há dúvida, sim, se o intérprete, sabedor desse pertencimento, se sente minimamente mais reconfortado ao se deparar com a complexa tarefa de interpretar.

1.3 EXTRAPOLANDO AS TRADIÇÕES: UM *CIVIL LAW* KANTIANO E UM *COMMON LAW* UTILITARISTA

Para recapitular, reformulemos os nossos dois argumentos principais para a conclusão deste capítulo. Em primeiro lugar, situamos uma tensão na modernidade filosófica desprestigiadora de saberes práticos mais longevos, a exemplo do saber jurídico. Esse saber, com vinculações mais tipicamente humanistas, perdeu um pouco de sua influência com a valorização de saberes teóricos, na esteira do cartesianismo e da mecânica clássica. No caso do Direito da tradição romano-germânica, o fato de as universidades terem servido como um *locus* de especial importância em seu desenvolvimento também serviu para aproximá-lo das novas demandas e dos novos rigores característicos dos saberes teóricos que estavam em

⁵⁷ TOULMIN, op. cit., p. 105. No original: “No formalism can interpret itself; No system can validate itself; No theory can exemplify itself; No formal language can predetermine its own meanings; No science can forecast just what technology will prove of human value.”.

alta. No caso do Direito anglo-americano, o relativo distanciamento dos saberes jurídicos da vida acadêmica permitiu um desenvolvimento autônomo mais ligado à tradição do que aos desdobramentos das novas descobertas científicas e tecnológicas dos séculos XVII e XVIII.

Em segundo lugar, situamos, no seio da própria narrativa hegemônica da filosofia moderna, uma ruptura relativizante dos dogmas decorrentes do racionalismo cartesiano e leibniziano. Essa ruptura, que identificamos com maior clareza nas diversas formas de expressão da mentalidade empirista, significou, em alguma medida, uma reaproximação com um outro elemento fundante do mundo moderno, isto é, o ceticismo humanista renascentista que ficou relegado a segundo plano nas narrativas tradicionais sobre a modernidade. Esse temperamento empirista, como sabemos, teve especial importância no mundo anglo-americano. Na tradição romano-germânica, prevaleceram esforços de sistematização sob algum princípio unificador dos universos da teoria e da prática. No caso do Direito, cujas práticas legitimadoras estavam fortemente associadas à produção intelectual acadêmica, isso significou um período de maturação enquanto ciência que, naquilo que tinha de contrário à sua própria natureza, representou um afastamento ainda maior do mundo da experiência.

Nesta seção, gostaríamos de esquematizar em maior profundidade essas trajetórias, alegando que elas deram origem a duas concepções distintas de Direito, uma ancorada naquilo que pode ser absorvido da tradição filosófica romano-germânica e a outra ancorada naquilo que pode ser absorvido da tradição filosófica anglo-americana. Dizemos “aquilo que pode ser absorvido” porque, em grande medida, alguns aportes teóricos, em especial na tradição continental, são particularmente descrentes em relação ao Direito, na medida em que o esvaziam de qualquer potencial emancipador ou na medida em que desmistificam, para quase todos os efeitos, noções como paz social ou segurança jurídica. Esses aportes, notadamente os legatários de algum refinamento do marxismo ou de reflexões pós-estruturalistas, são bastante apropriados quando se busca lançar um olhar externo ao Direito.

Porém, eles têm menos a dizer sobre como tornar o Direito minimamente menos obtuso a partir da próxima decisão judicial a ser pronunciada. As suas verdades, nesse aspecto, permanecerão válidas, independentemente de as mudanças que aqueles que lançam um olhar interno ao Direito proponham sejam ou

não levadas a cabo. A crítica, nesse sentido, tende a se dirigir ao modelo de sociedade como um todo. Assim, do ponto de vista de uma teoria do Direito endógena, esses aportes não chegam a ser “absorvidos” por assim dizer, uma vez que desconstituem o próprio objeto da teoria. De qualquer modo, na medida em que liberam o jurista para se levar menos a sério, que é, afinal, apenas uma outra maneira de levar o mundo mais a sério, essas contribuições são extremamente bem-vindas.

O primeiro elemento em nosso esforço de esquematização, então, diz respeito ao estatuto epistemológico do Direito nas duas tradições jurídicas ocidentais. No caso do direito romano-germânico, há que destacar os empenhos consideráveis dos juristas em firmarem o seu campo de conhecimento como um saber científico autônomo. Esses empenhos, ainda que não totalmente ausentes no direito anglo-americano, tiveram uma orientação marcadamente diferente, já que muito mais teleológica – preocupada em dotar de mais eficiência os fins do Direito – do que ontológica, digamos. Aqui, é importante considerar que, em que pese a origem comum das duas tradições jurídicas, houve, na tradição romano-germânica, uma recepção mais significativa do *Corpus Iuris Civilis*⁵⁸, o que significa dizer que, em um ambiente intelectual acadêmico, racionalista e legatário de hábitos escolásticos, havia muita matéria-prima para ser trabalhada: um conjunto de regras e princípios clássicos que poderiam ser sistematizados e aplicados universalmente em uma Europa una e soberana.

O caso do Direito anglo-americano é um tanto diferente. No final do século XIX, Sir Henry Maine diria que Bentham e Austin são os responsáveis pela única tentativa existente à sua época de construir um sistema de jurisprudência⁵⁹ por meio de um processo científico estrito. Esse processo, segundo Maine, estaria fundamentado em observação, comparação e análise dos vários conceitos jurídicos, e não em suposições *a priori*.⁶⁰ Aqui, vê-se uma caracterização do saber jurídico

⁵⁸ DAVID, op. cit., p. 358-359.

⁵⁹ Traduzo *jurisprudence* por “jurisprudência” pois, neste caso, a opção “teoria geral do Direito” seria contra-intuitiva, levando em conta o que Maine diz logo após. A escolha “teoria geral do Direito, a bem da verdade, sonha a possibilidade mais “hermeneuticamente” apropriada, que seria “saber jurídico” – Enrico Pattaro (2005, p. 7), no italiano, por exemplo, nota que o vocábulo *giurisprudenza* significa, na verdade, “a sabedoria do que está conforme o Direito”, *the wisdom of what is right*.

⁶⁰ MAINE, Henry. **Lectures on the Early History of Institutions**. 7ª ed. London, UK: John Murray, 1897.

como um saber passível de sistematização e de submissão a um processo que possa ser considerado científico: a observação, a comparação e a análise dos fenômenos jurídicos e dos conceitos a eles aplicáveis, como queria Maine, de uma maneira controlada metodologicamente e sujeita a controle pelos pares. Não se contempla uma confusão conceitual muito comum na tradição romano-germânica neste caso: não há mudança radical de método no Direito, que é algo que já existia antes da revolução científico-filosófica da modernidade. Não há uma tentativa de substituição dos métodos jurídicos – argumentativos por natureza – por métodos quase-científicos, por exemplo. A cientificidade, por assim dizer, do estudo do Direito não implicaria a cientificidade do *modus operandi* do próprio Direito, que permanece, nesse sentido, um saber prático.

O contrário seria como exigir que a anamnese médica, por exemplo, seguisse um método científico para que o estudo científico da prática médica pudesse ser considerado científico. O executor da anamnese está impossibilitado de proceder assim porque a investigação do paciente exige urgência, algo que o método científico desaconselha. Apenas um clínico Hércules, parafraseando Dworkin, seria capaz de levar a efeito uma investigação do paciente que possa ser “científica” para esse efeito. O que queremos dizer com isso é que uma “refundação” do Direito enquanto ciência aos moldes do que ocorreu na tradição civilística foi uma etapa, na melhor das hipóteses, inócua. Por uma razão óbvia, pelo menos: a produção de conhecimentos aos quais se possa aplicar, por exemplo, um valor “verdade” não está, retrospectivamente, entre os objetivos mais palpáveis do Direito. Essa incompreensão conduziu a uma confusão conceitual que até hoje repercute na maneira como os juristas, em especial os magistrados, enxergam o seu papel.

Esse é um traço particularmente presente no ensino jurídico, com os institutos jurídicos mais relevantes sendo objeto de construções dedutivas de longas cadeias, resultando em duas, três ou mais correntes doutrinárias, umas delas a “majoritária”, mas nem sempre coincidente com a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça – ou por uma de suas turmas –, a qual, por sua vez, nem sempre coincide com a posição do Supremo Tribunal Federal. Há um incentivo, por assim dizer, para que cada “aplicador da norma” se invista do ofício de “cientista do Direito” e descubra, por meio de axiomas muitas vezes vazios de significado autônomo, a solução “correta” para o caso concreto diante de si. Nessa perspectiva, a proximidade do Direito romano-germânico com o repertório científico é

extremamente racionalista, em um sentido cartesiano, binário. Essa aproximação aspira a um código jurídico que suscite uma certeza da qual as contracorrentes empiristas já há muito abriram mão em favor de um léxico mais probabilístico. Há mais de um século, quando a educação jurídica no mundo anglo-americano já havia sido designada às *Law schools* das universidades, Roscoe Pound chamava a atenção para alguns hábitos exportados da cultura acadêmico-científica do Direito europeu. Pound fazia o seguinte comentário:

Nenhuma escola é necessária para ensinar ou estudar as legislações, nem seria ela factível em uma época em que a revisão bienal de dois anos atrás está prestes a se tornar obsoleta no primeiro dia de janeiro de cada ano ímpar. Se a vontade do povo, ou a vontade de quem quer que seja, enquanto mera vontade, enunciada de maneira autoritativa, é tudo o que sobra para o Direito, a faculdade de Direito deveria abrir espaço para a faculdade de Ciência Política; o professor de Direito deveria ficar lado a lado com o historiador, com o filólogo classicista e com o homem puro da ciência, e não com o professor de medicina, de engenharia e outros nas ciências aplicadas, e o seu estudo das teorias jurídicas e das instituições judiciais de nossos ancestrais deveria ser tratado como um curso preparatório ou de instrução cultural e não como uma educação profissional. [tradução própria]⁶¹

Roscoe Pound parece admitir que as demandas de uma sociedade urbano-industrial impuseram transformações consideráveis ao *modus operandi* do *common law*, levando-o, inclusive, a adotar soluções bastante assemelhadas às que foram adotadas no contexto dos países de *civil law*. Ele reconhece que a tradição jurídica não é autossuficiente, mas, por outro lado, observa que as respostas oferecidas pelas ciências sociais ao fim do século XIX e início do século XX tampouco o são. Os princípios, dirá Pound, são vazios de conteúdo, a não ser que alguma forma de

⁶¹ POUND, Roscoe. Justice According to Law, **The Mid-West Quarterly (1913-1918)**, v. 6, 1914. p. 223-235. Disponível em: <<https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=midwestqtrly>>. Acesso em: 14 jan. 2018. No original: “No school is needed to teach and to study the statutes, nor is such a school possible in a time when the biannual revision of two years ago is about to become obsolete on the first of January of every odd-numbered year. If the will of the people, or the will of any one, as mere will, authoritatively declared, is all there is of law, the law school should give way to the school of political Science; the teacher of law should be put with the historian, the classical philologist, and the pure man of Science, not with the teacher of medicine, of engineering, and of applied sciences, and his study of the juristic theories and judicial institutions of our fathers should be reckoned a preparatory or cultural rather than a professional training.”.

empirismo jurídico ou ajustamento ao que se produziu do passado entre em ação.⁶² E nada melhor do que a própria prática jurídica e os repertórios de decisões judiciais do passado para servir como parâmetro dessa empreitada.

Para usar uma terminologia decididamente jurídica, então, diremos que as tradições jurídicas de *civil law* e de *common law* divergem na maneira em que contemplam as diferenças entre o “ser” e o “dever ser” do Direito. Na tradição anglo-americana pós-Hume, a impossibilidade de derivação do “dever ser” a partir do “ser” resulta na existência de uma jurisprudência expositiva e de uma jurisprudência censória, esta última objeto de estudo da filosofia moral e não do Direito propriamente dito, conforme proposto por Jeremy Bentham, mas, ainda assim, calcada em bases empíricas. Na tradição romano-germânica, por sua vez, embora o “ser” tampouco possa atuar como derivante do “dever ser”, presume-se que, por outro lado, se possa dizer algo *a priori* sobre este “dever ser”, algo firmado na chamada razão prática e que deveria, também, ser objeto de estudo de filósofos.⁶³

No caso inglês, em que pesem as formulações mais bem acabadas do empirismo, esse projeto, por muito tempo, foi amplamente relegado a segundo plano pelos próprios filósofos, que agora embarcavam em um projeto analítico em sentido estrito, cujas possibilidades de atuação eram decididamente mais restritas. Já na tradição continental, uma boa parte das atenções dos filósofos se voltaram para o que poderia ser dito *a priori* acerca do “dever ser”, uma tarefa descomunal. Para o Direito, que florescia entre os mesmos corredores dos departamentos de Filosofia e de Ciências Naturais ou Sociais das universidades europeias, as opções eram manter-se fiel à proposta kantiana, subscrevendo-se, assim, a uma ética deontológica, calcada em concepções metafísicas, ou flutuar ao sabor dos embates, que não eram poucos, em torno do desencantamento com a natureza e dos perigos do niilismo. Parece-nos óbvio que a primeira opção saiu vencedora.

Isso nos leva ao segundo elemento de nossa esquematização, que se refere às vertentes éticas que servem como sustentáculo para a atuação do Direito nas duas tradições jurídicas. Na tradição romano-germânica, há uma hegemonia

⁶² POUND, op. cit., p. 234. Note-se que a posição de Pound não parece diferir muito daquela enunciada algum tempo antes por Friedrich Carl von Savigny.

⁶³ BJARUP, Jes. Natural Law Theory and Legal Positivism. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (Eds.). **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford, UK: Blackwell Publishing, 2005. – (Blackwell philosophy guides; 18). p. 287-299.

pouquíssimo questionada de uma vertente ética deontológica, essencialmente formalista e kantiana. Num sentido contemporâneo, essa vertente é também notadamente metafísica. Novamente, algumas incompreensões parecem ter guiado a recepção das ideias de Kant, pelo menos no elo final da cadeia que se inicia no sistematizador filosófico e se encerra no aplicador da norma. Nesse último elo, verifica-se uma substantivação muito palpável de algumas ideias que surgiram em um contexto de validade apenas estrutural ou formal. Aqui, noções como o respeito à dignidade e à liberdade humanas passam a ser a pedra de toque através da qual todas as respostas jurídicas deverão ser ofertadas.

De outra feita, há um indisfarçado desprezo pelas repercussões práticas que o emprego recorrente desse meta-argumento pode originar. Bjarup⁶⁴ nos dá notícia de que o princípio de justiça em Kant é, muitas vezes, expresso por meio do brocardo *fiat iustitia, pereat mundus*, que pode significar “faça a justiça reinar, ainda que todo o mundo pereça”. Se considerarmos que, em última instância, aquelas noções de dignidade, justiça e liberdade são textualmente abertas, então todas as preocupações do realismo jurídico escandinavo na formulação de Alf Ross ganham uma urgência improrrogável.⁶⁵ Por outro lado, é curioso que as críticas ao formalismo de Kant tenham sido tantas entre autores da tradição romano-germânica, mas que, ainda assim, elas não tenham sido suficientes para trazer à luz uma formulação ética mais em linha com as funções exercidas pelo Direito. Hegel⁶⁶, por exemplo, dizia que o formalismo de Kant era vazio e que o seu imperativo categórico, a exemplo do que parece ocorrer hoje com o “meta-princípio” da dignidade humana, poderia ser invocado para justificar qualquer ação. Naturalmente, o fato de Hegel postular uma concepção teleológica de história suscita outras dificuldades para uma teoria geral do Direito, por exemplo, que pudesse repercutir no senso comum dos juristas.⁶⁷

⁶⁴ Op. cit., p. 291.

⁶⁵ BJARUP, Jes. The Philosophy of Scandinavian Legal Realism, **Ratio Juris**, v. 18, n. 1, p. 1-15, 2005b. Disponível em: < <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9337.2005.00282.x/pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

⁶⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Elements of the Philosophy of Right or Natural Law and Political Science in Outline**. Tradução de: H. B. Nisbet. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1991.

⁶⁷ Uso aqui a expressão utilizada por Alexandre Araújo Costa (2008) em tese de Doutorado que consta das nossas referências. O senso comum dos juristas absorve uma série de reflexões endógenas e exógenas sobre o Direito e, com base nelas, auxilia a produção

O que não ocorre em Hegel, em Savigny ou em Jhering, de qualquer maneira, é o abandono por completo de categorias metafísicas. No caso de Hegel, há o problema da constituição do Estado, indiretamente aludido acima. Para Savigny, há o problema do “povo”, uma entidade abstrata, em última instância, também incognoscível. Para Jhering⁶⁸, o bem comum também emergia como uma categoria empiricamente inverificável. E, mesmo Windscheid, depois de quase decretar a morte do Direito natural, voltou a falar, trinta anos mais tarde, da sua permanência entre os juristas de seu tempo. Há que considerar ainda a influência persistente da teologia católica entre os juristas da tradição romano-germânica para compreender o porquê de o jusnaturalismo nunca ter perdido a sua proeminência, sobretudo em se tratando do que a doutrina passou a chamar, na esteira de discussões ocorridas no contexto da teoria jurídica anglo-americana, de “casos difíceis”.⁶⁹

O mesmo pode ser dito de autores como Stammler e a sua doutrina do ideal social, embora, neste caso, seu relativismo moral e suas inclinações comunitaristas criem um conjunto conceitualmente mais nuançado, e, por isso mesmo, mais factível, do que boa parte das outras formulações mais gerais sobre o conceito de Direito. Radbruch, por sua vez, abraça uma outra forma de relativismo moral, aqui mais em linha com o culturalismo weberiano do que com as concepções mais difundidas no século XX. Muito embora a sua obra seja mais conhecida naquilo que diz respeito à continuidade da obrigação política, ainda que diante de uma norma cujo conteúdo promova grande injustiça⁷⁰, Radbruch, em sua defesa acautelada do direito natural, lança mão de um argumento muito mais pragmático do que a invocação de sua fórmula parece sugerir: a possibilidade de mobilização dos princípios de uma lei natural reside no fato de essa diretriz ter sido estabelecida ao longo de vários séculos de história da civilização ocidental e de ter passado a ser objeto de um consenso tão ampliado nas declarações de direitos humanos que apenas alguém deliberadamente cético poderia colocá-los sinceramente em dúvida. De qualquer modo, o fato de Radbruch não ter se preocupado em estabelecer se a

discursiva jurídica. Nem sempre as ideias utilizadas formam um todo coerente, porém, e isso muitas vezes parece ser fruto de esforços de justificar o que não precisa ser justificado.

⁶⁸ Embora se deva reconhecer, por outro lado, que tanto em Savigny quanto em Jhering há um reconhecimento de que teoria e prática devem andar juntas.

⁶⁹ BJARUP, op. cit., 2005a, p. 292-293.

⁷⁰ A referência aqui é à “fórmula Radbruch”, a qual Robert Alexy ressuscitou no último quarto do século XX.

lei natural tem natureza constitutiva ou regulativa⁷¹, uma questão que para todos os efeitos práticos é inócua, nos revela o quão originais, no contexto da tradição civilística, foram as suas ideias.

Por último, há um terceiro elemento em nossa esquematização das diferenças mais fundamentais entre *civil law* e *common law*. Esse elemento final, a bem da verdade, decorre da interação entre os dois elementos anteriores. O primeiro elemento nos informa que, na tradição continental, o Direito se refundou enquanto “ciência”, mas aos moldes de um modelo epistemológico que privilegia um racionalismo matemático, de inspiração cartesiana e com preferência por métodos dedutivos de argumentação. O segundo elemento nos informa que a fundamentação ética dessa ciência era essencialmente deontológica e metafísica, incognoscível pela experiência e avessa a vertentes éticas empiristas, a exemplo do utilitarismo. Como o modelo de ciências a que subscreveu o Direito romano-germânico do século XIX é um modelo fincado em um racionalismo clássico, ele supõe que, em última instância, há um princípio unificador capaz de explicar não só o Direito, mas também a Moral. Essa crença, em nosso entendimento, conduz a uma busca de validação dos discursos jurídicos em argumentos morais e vice-versa, embora, para o nosso estudo, apenas o primeiro sentido seja relevante.⁷²

O caso brasileiro parece ser particularmente rico em situações em que esse hábito atrapalha mais do que conduz a acertos. É fruto de uma autopercepção coletiva já antiga esta de que, em alguns temas e, em boa parte, graças à nossa herança colonial, somos capazes de ser “mais realistas do que o rei”. No Direito, isso se traduz em “justificar” mais do que o juridicamente necessário. Não é só a legislação ou a jurisprudência consolidada ou a melhor doutrina ou os princípios gerais de Direito que informam ser esta ou aquela a melhor decisão para o caso concreto com que se depara o legislador. Há também o Direito natural, o Direito canônico, o Direito romano – e, se quisermos ser bastante caricatos, haverá sempre

⁷¹ BJARUP, op. cit., 2005a, p. 296.

⁷² Ou não, se levarmos em conta os anseios crescentes de legislar sobre questões tradicionalmente destinadas a elaborações éticas e morais. Ainda que esse hábito também se faça presente com especial capacidade de espetacularização na sociedade norte-americana, parece-nos que eles encontram mais caminhos institucionalizados nos países de tradição romano-germânica, nos quais, por exemplo, as possibilidades de limitação de discursos de ódio, reputados como moralmente condenáveis, são muito mais evidentes. Marcelo Neves parece explorar esse problema ao tratar de legislação e constitucionalização simbólicas.

o código de Hamurabi –, as noções mais comezinhas de justiça e o senso comum ou o sentimento geral do povo brasileiro. A norma, em sentido estrito, parece padecer de uma insuficiência vinculante crônica, o que nos obriga a usar todas as armas a cada decisão.

Essas observações contemplam, inclusive, uma inversão das nossas expectativas mais corriqueiras em relação à interação de cada uma das tradições jurídicas com a norma. É comum na tradição romano-germânica reportar-se a uma suposta inflação legislativa, mas na tradição anglo-americana, a vinculação da autoridade judicial a argumentos jurídicos conduz a uma chamada inflação de Direito (ou inflação jurídica ou inflação normativa). Isso porque, ao contrário do que muitas vezes se supõe, é na tradição civilística que prevalece a tentativa de redução do Direito a um número determinado de princípios jurídicos, uma vez que a doutrina e a legislação se mostram insuscetíveis de levar a efeito uma apreciação exaustiva das situações fáticas que dão conteúdo aos tipos jurídicos. Nestes casos, a jurisdição civilística parece ter mais liberdade de “criar” o Direito do que se costuma pressupor em um cotejo apressado das duas tradições. Da perspectiva de um juiz inglês, por exemplo, é bem possível, como exemplifica René David⁷³, que o conjunto normativo de que dispõe o seu equivalente francês seja apenas uma moldura, no âmbito da qual seria relativamente fácil mudar as regras do jogo, em detrimento, ainda que involuntário, da segurança jurídica.

O exemplo que ocorre a René David⁷⁴ por ocasião dessas observações é o exemplo das normas que proíbem a concorrência desleal, normas codificadas nos países de *civil law*. Em um sistema jurídico de *common law*, os artigos de lei que vedam essa prática não seriam propriamente normas jurídicas, mas apenas um princípio vago cujo propósito é servir de diretriz para que o magistrado possa decidir conforme o Direito. A norma em si ganharia sua melhor expressão no momento exato em que um órgão jurisdicional se pronunciasse a respeito da concorrência desleal em um caso concreto. Há um ganho em clareza: o que está vedado seria, digamos⁷⁵, comercializar produtos a preços notadamente abaixo de uma margem de

⁷³ DAVID, op. cit., p. 362-363.

⁷⁴ DAVID, op. cit., p. 363.

⁷⁵ O exemplo é meu e não me ocorreu investigar se, de fato, as vedações em algum país de sistema jurídico de *common law* são formuladas nesses moldes. Sintomaticamente, porém, pelas razões que vimos expondo aqui, é provável que essa pesquisa não me custasse muito tempo nem me deixasse muitas dúvidas em relação ao que é ou não é permitido, a não ser,

comercialização capaz de manter o empreendimento em funcionamento apenas com as receitas adquiridas pelas vendas de produtos e serviços por ele oferecidos com o objetivo de tornar inviável o funcionamento de empreendimentos menores e sem outras fontes de receitas.

O problema aqui é que, para que decisões judiciais possam servir como fonte de Direito em um grau minimamente mais relevante do que aquele que costuma ser ensinado nas cadeiras introdutórias dos cursos de graduação no Brasil, é preciso que se possa extrair delas uma *ratio decidendi* que possa ser realmente vinculante, ou seja, que contenha argumentos jurídicos realmente passíveis de replicação em casos semelhantes em vez de tratados morais sobre o sentido da vida ou tratados filosóficos sobre a segunda virada linguística.⁷⁶ Essa urgência é ainda mais evidente em se tratando de decisões proferidas por órgãos jurisdicionais colegiados. Nesses casos, prevalece o costume de que cada julgador, além do Relator, apresente o seu próprio voto e é sintomático que, não raro, cada voto que componha a chamada “maioria” contenha um percurso argumentativo completamente diferente dos demais votos. Em situações assim, é difícil saber em que sentido os órgãos jurisdicionais de instâncias inferiores estão vinculados e, ao que parece, o recurso a ementas pode não conduzir a uma compreensão precisa do que foi decidido juridicamente (no âmbito da fundamentação) e não apenas factualmente (na parte dispositiva).⁷⁷

é claro, que a situação fática que motivasse o meu inquérito tivesse algum ineditismo (ex.: uma manobra corporativa do Uber que tornasse mais difícil para os usuários simultâneos do Lyft localizar motoristas).

⁷⁶ Aludo a extremos da prática jurisdicional da Suprema Corte brasileira, por exemplo. Alguns votos do Ministro Ayres Britto, por exemplo, eram dotados de extrema habilidade estético-literária, inclusive com algumas incursões sobre o significado da vida humana – uma contextualização particularmente bem-vinda em casos difíceis relacionados à bioética, mas que dificilmente seria capaz de “vincular” em um sentido jurídico os órgãos jurisdicionais de instâncias inferiores, já que, naturalmente, nada de irrefutável pode ser dito a respeito do sentido da vida. Em outra ocasião, o Ministro Marco Aurélio também aludiu à hermenêutica ontológica de Heidegger para justificar a necessidade de mudança de posição em uma situação jurídica já apreciada anteriormente (em outras palavras, de superação da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal), uma justificativa que, para o jurisdicionado, é, na melhor das hipóteses ininteligível.

⁷⁷ Sobre o tema, ver REGINATO, Andréa D. de A.; ALVES, Robson C. de J. O Ementário Jurisprudencial como Fonte de Pesquisa: uma análise crítica a partir dos dados obtidos no estudo “A prática judicial do *habeas corpus* em Sergipe (1996-2000)”, **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 1, jan. 2014, p. 140-153. Disponível em: <www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/11/11>. Acesso em: 15 jan. 2017.

O que aparece aqui como uma variável particularmente importante para essa discussão é aquilo que Luiz Guilherme Marinoni⁷⁸ chama de individualismo do juiz de *civil law*. Em um artigo que antecede em pouco tempo a instalação do Comitê de Juristas que deu início aos trabalhos de elaboração do novo Código de Processo Civil, Marinoni já defendia que a adoção de uma perspectiva que privilegiasse posturas de maior respeito aos precedentes judiciais era uma necessidade lógica do sistema de distribuição judicial. Mas a nossa tradição jurídica tem seus próprios totens e não é difícil localizar uma aura de dogma em torno de noções como “livre convencimento” ou “independência do magistrado”. É com essas considerações que partimos, no próximo capítulo, para a análise de alguns dos principais conceitos e mecanismos do *common law*, os quais, se vistos como uma oportunidade para o aperfeiçoamento de técnicas de decisão judicial, podem nos indicar novos caminhos para a superação de uma já desgastada crise.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>. Acesso em: 15 jan. 2018.

2 CONCEITOS E MECANISMOS DO *COMMON LAW*: EM BUSCA DA RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

“No formalism can interpret itself; No system can validate itself; No theory can exemplify itself; No formal language can predetermine its own meanings; No science can forecast just what technology will prove of human value. In facing problems about the use of new knowledge for human good, we may ignore the ideal of intellectual exactitude, with its idolization of geometrical proof and certainty. Instead, we must try to recapture the practical modesty of the humanists, which let them live free of anxiety, despite uncertainty, ambiguity, and pluralism.”.
(Stephen Toulmin)

Foi dito no capítulo anterior que algumas das inovações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil podem servir como uma oportunidade para que a crise do Poder Judiciário, naquilo que diz respeito aos estudos sobre acesso à justiça, possa se encaminhar para um desfecho satisfatório. Para que isso se torne algo factível, porém, é necessário que se repensem algumas crenças enraizadas sobre o que é o Direito e qual é o papel do juiz em nosso sistema jurídico de *civil law*. Uma dessas crenças diz respeito à cientificidade do Direito: optamos por acreditar, pelo menos durante muito tempo, que o Direito é uma ciência. Ainda que alguns juristas em nossa tradição já tenham abandonado esse ponto de vista⁷⁹, suas repercussões na prática judicial são, sem dúvida alguma, sentidas até os dias atuais e, no dia-a-dia das varas de justiça, não é raro encontrar documentos em que magistrados, membros do Ministério Público ou advogados se refiram ao ofício que exercem como “ciência”. Resta saber qual é a instância de cientificidade desse Direito, em que momento de sua realização o pronunciamento que dela resulta é científico.

Essas são questões importantes, em especial se consideramos que o modelo de ciência que inspirou tal guinada no Direito civilístico é um modelo de longas cadeias dedutivas, de concatenações lógicas rebuscadas. Esse modelo racionalista e cartesiano de ciência é um modelo pouco assimilável no contexto de saberes práticos, que é o caso do Direito. Mas, por outro lado, a outra opção, de fundamentação empirista, é inconciliável, em suas consequências práticas, com os

⁷⁹ Não obstante outros ainda considerem o Direito uma ciência no sentido que adquiriu o vocábulo *Wissenschaft* na língua alemã, o que, para os efeitos de nossas considerações, seria justamente dizer que o Direito não é uma ciência.

pressupostos éticos hegemônicos em nossas filosofias jurídica, moral e política. Esses pressupostos, por sua vez, quando dotados de juridicidade autônoma, como costuma ocorrer nas decisões mais repercutivas em nosso sistema, acabam por esvaziar o sentido de argumentações propriamente jurídicas. A grande questão é que, até mesmo em virtude de suas vinculações filosóficas históricas a um modelo kantiano de racionalidade prática, essas categorias ético-morais não são noções substantivas. Nessa medida, elas são muito mais hábeis a orientar o procedimento, isto é, a atuar em um âmbito de direito adjetivo, do que a servir como caixa de Pandora dos direitos subjetivos materiais.

Não é o que ocorre, todavia. Quando um operador do Direito se considera no ofício de cientista jurídico, quando sua concepção de ciência corresponde à de um sábio pitagórico habilitado a demonstrar que a soma dos quadrados dos catetos é igual ao quadrado da hipotenusa e quando o ponto de partida mais remoto de suas argumentações é uma concepção moral de ser humano em quase tudo inverificável, a última certeza que se pode esperar da decisão judicial é clareza sobre que portas para o passado ela manteve abertas e sobre que portas para o futuro ela manteve fechadas. É curioso que nos últimos anos as reflexões teóricas sobre o Direito no Brasil tenham sofrido uma influência considerável de autores oriundos de outras tradições jurídicas. Ronald Dworkin parece ser o caso mais emblemático dessa trajetória, mas o mais importante aqui é compreender o quanto essa aproximação pode revelar, na verdade, um estreitamento e um clareamento de sentido do que se concebe como sendo o Direito.

Por muito tempo se imaginou que algumas experiências, práticas e saberes jurídicos seriam intraduzíveis para os cultores do Direito da tradição alternativa. Essa é uma perspectiva particularmente constante na análise de René David sobre as grandes famílias jurídicas e, de alguma forma, expressa algumas ideias sobre a valorização da singularidade em detrimento da comunalidade. Mas os ventos estão sempre mudando de direção e, em que pesem as novas formas de tribalismo e o apelo crescente das doutrinas comunitaristas na filosofia política, uma coisa é certa: a linguagem do Direito vem se tornando, cada vez mais, uma linguagem universal, seu código binário é o código preferido do Estado e da sociedade internacional para barrar processos indesejáveis ou incentivar tendências desejáveis. Talvez haja algo de errado nisso, o que seria assunto para uma outra empreitada intelectual, mas nos parece que todas as grandes aflições humanas para o futuro próximo precisarão de

soluções que lancem mão dessa linguagem jurídica em uma escala global: desde a crise do clima até os problemas relacionados à inteligência artificial e à singularidade, passando por questões como o prolongamento por tempo indeterminado da vitalidade da mente humana ou a exploração econômica de planetas e satélites planetários naturais – quando a espera pelo consenso é sinônimo de perigo de dano, as respostas emergenciais não raro saem de órgãos jurisdicionais.

Uma demanda do repensar de que falávamos inclui um resgate do Direito como repertório historicamente construído de ideias sobre como viver em sociedade. É algo que se mantém vivo na ideia de romance em cadeia e de direito como integridade, a despeito do embate estéril de Dworkin com o ceticismo, que em suas formulações mais modestas não paralisa, como se costuma acreditar, mas desinibem. A postura cética não olha para o edifício das tradições jurídicas como castelos de grãos inseparáveis de areia. Nenhum dos elementos presentes na esquematização com a qual encerramos o capítulo anterior são elementos constitutivos, por assim dizer, do que se convencionou chamar de *civil law*: com ou sem eles, os sistemas jurídicos de Brasil, Portugal, Espanha, Itália, França e Alemanha, não obstante as diferenças existentes entre eles, continuarão a ser sistemas jurídicos romano-germânicos. Nesse sentido, o que se postula não é um abandono da essência acompanhado de uma adesão incoerente aos cânones do *common law*.

Longe disso. As tentativas de sistematização de nosso Direito, a vontade de completude lógica que o orienta, o abandono relativo de alguns institutos jurídicos propensos à proliferação de preconceitos e vieses socialmente reacionários (do qual o júri parece ser um bom exemplo), a primazia de noções abertas palpáveis como a boa-fé objetiva e o acautelamento ético que a rejeição das formulações mais simplórias do utilitarismo suscita são razões de sobra para que o jurista não precise pensar nas mudanças introduzidas pelo novo Código de Processo Civil como uma ruptura com a tradição. Tradições são, acima de tudo, inventadas. E, se considerarmos que a força vinculante de um precedente judicial é, mais do que um traço arquetípico dos sistemas jurídicos de *common law*, uma necessidade lógica das engrenagens de distribuição de decisões judiciais de democracias urbano-industriais que atendem a largos contingentes populacionais amplamente descrentes

das soluções oferecidas pelos braços do Estado, uma reformulação de alguns caracteres de nossa tradição nos chega em boa hora.

A nossa preocupação é que alguns vícios⁸⁰, que tiveram espaço para propagação muito flagrante nos sistemas jurídicos de *civil law*, de modo até mesmo involuntário, favoreceram um modelo de argumentação demasiadamente individualista, o que dificulta, na prática, que uma uniformização de jurisprudência fundamentada em precedentes vinculantes possa emergir. Este capítulo segue essa orientação e se propõe, primeiramente, a apresentar alguns conceitos importantes da tradição jurídica de *common law*. Em grande medida, esses conceitos não são conceitos “essenciais”, no sentido que o seu abandono descaracterizaria por completo a própria tradição, nem “exclusivos”, em um sentido que só admita sua utilização por meio da adoção integral de todos os outros pressupostos do direito anglo-americano, incompatíveis com a nossa realidade. Juntos, porém, eles conduzem a um método indutivo de raciocínio jurídico, mais atento às peculiaridades de cada caso e aos desdobramentos práticos de cada decisão, além de mais sensível a argumentos propriamente jurídicos. É nessa acepção que compreendê-los pode ser particularmente oportuno no momento atual de inflexão na processualística civil brasileira.

⁸⁰ Isso não isenta os sistemas jurídicos de *common law* de suas próprias idiossincrasias, que, em alguns aspectos, são ainda mais apegadas aos meandros da tradição. Enquanto escrevo esta página, me deparo com a notícia, a mais destacada do dia 16 de janeiro de 2017 no caderno “National” do *New York Times*, de que um homem foi mantido preso por um crime de menor potencial ofensivo na cidade de Atlanta, estado de Georgia, porque não dispunha de recursos para pagar a fiança de quinhentos dólares para o ilícito praticado. O crime, que em nosso ordenamento seria considerado uma contravenção, atende pela rubrica de “conduta desordeira”. Na prática, o custodiado, que tem diagnóstico de doença mental e é indigente, havia sido preso porque estava coberto em seus próprios resíduos gritando com transeuntes. Por conta da prisão, o seu benefício por invalidez foi cancelado. Randall McCrary foi mantido sob custódia por mais de dois meses e meio a um custo largamente superior do que o montante a ser arrecadado com o pagamento da fiança. Como o valor da fiança na jurisdição de Georgia é estipulado legislativamente, o juiz de *common law*, por mais incrível que possa parecer, não tem caminhos institucionais para revogá-la. No caso dos Estados Unidos, uma declaração incidental de inconstitucionalidade teoricamente seria possível, mas o escopo do controle de constitucionalidade no modelo norte-americano dificilmente assimilaria uma decisão nesse sentido, que invadiria competências estaduais protegidas pelo federalismo e cuja norma objeto de revogação não estaria em violação direta de nenhuma cláusula constitucional. A notícia pode ser acessada em: <<https://nyt.ms/2EAXnSJ>>.

2.1 CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS: O PRECEDENTE E A VINCULAÇÃO

Em um sistema jurídico em que prevalecem o individualismo do juiz, uma concepção racional-dedutivista do Direito e uma inclinação por argumentações morais calcadas em uma ética formalista, desvelar o “jurídico” em um precedente nem sempre é tarefa das menos complicadas. Quando esse mesmo sistema reputa a legislação como a principal fonte de Direito, em suas teorizações clássicas, qualquer proposta para adoção de posturas mais condizentes com o respeito ao precedente judicial parece fadada ao fracasso ou à alguma forma de recepção tão eclética que em tudo ressaia descaracterizada – a emenda sai pior do que o soneto. Para que se possa respeitar o precedente, é preciso ser possível extrair dele uma racionalidade replicável em outros casos assemelhados. Se ele se revestir de uma singularidade tal que precise lançar mão de toda sorte de teorias e argumentos práticos, há muito pouco que se possa fazer em seu favor naquilo que concerne à posteridade: aquela decisão foi uma decisão histórica, mas não sabemos o que será feito dela quando uma questão jurídica parecida for posta sob apreciação.

Já o dissemos: em se tratando de decisões colegiadas essas questões são ainda mais patentes. As mais influentes lidam com temas que costumam mobilizar paixões e preferências morais e políticas e, nesse terreno, os individualismos de um órgão coletivo – a matemática das majorias e das divergências – resulta em mais subconjuntos do que em majorias e minorias. Em alguns aspectos, inclusive, ninguém parece concordar com ninguém e, nesse mesmo sentido, ninguém parece discordar de ninguém – em última instância e data vênica máxima. Mas é justamente nesses órgãos de jurisdição que a necessidade de clareza jurídica se revela mais importante, pois é deles que os precedentes com força vinculante mais extremada serão originados. O cotejo das nossas práticas deliberativas nesses contextos com as práticas deliberativas de nossos pares na tradição jurídica de *common law* pode ser extraordinariamente esclarecedor para esse fim. Ele requer o domínio de alguns conceitos comumente invocados pelos juristas anglo-americanos e que ainda não tiveram espaço para difusão permanente na doutrina e no ensino jurídicos brasileiros. Dedicaremos algumas palavras àqueles conceitos que consideramos mais relevantes, para esse fim, nas subseções a seguir.

2.1.1 Três sentidos da expressão *common law*

Em nome de algum rigor técnico, consideramos que, em um sentido mais amplo, a expressão *common law* designe uma tradição jurídica. Sob vários aspectos, a contraparte dessa tradição jurídica, em razão de sua proximidade cultural e histórica, é a tradição jurídica de *civil law*. Sistemas jurídicos, por sua vez, são, via de regra, atrelados a soberanias nacionais: teoricamente, cada ente político soberano possui o seu próprio sistema jurídico⁸¹. É difícil encontrar qualquer espécie de “pureza cultural” em qualquer sistema jurídico. Mesmo os mais apegados à tradição, caso do sistema inglês, precisaram implementar mudanças que aos olhos dos juristas mais simpáticos à tradição eram uma corrupção do que se concebia como a prática judicial consagrada até ali. Essas reações são, muitas vezes, alavancadas por tendências de outras esferas da vida pública e não deixam de ecoar um sentimento mais genérico de entreguismo identitário que os processos de globalização costumam provocar. Mas, mesmo a Inglaterra, precisou, por exemplo, conciliar as novidades continentais dos “direitos humanos” e do “controle de constitucionalidade” com a doutrina ancestral da soberania do Parlamento.

Nesse sentido, portanto, o sistema jurídico inglês é apenas um sistema jurídico ancorado em uma tradição jurídica de *common law*. Inovações surgidas em sistemas jurídicos ancorados em outras tradições jurídicas precisaram ser introduzidas em algum momento na prática jurídica inglesa, mas isso não transformou o *common law* enquanto tradição, mas apenas o sistema jurídico, inspirado no *common law*, de um Estado soberano específico. Em uma primeira acepção, portanto, utilizamos a expressão *common law* para designar uma tradição jurídica, embora, tecnicamente, não nos reportemos ao *common law* enquanto sistema jurídico: um sistema jurídico pode ser “de *common law*”, mas o *common law* não é um sistema jurídico propriamente dito. Tradição jurídica, nesse contexto, tem o mesmo significado que a expressão “família jurídica”, utilizada, entre outros, por René David.⁸²

Uma segunda acepção da expressão *common law* a coloca em oposição ao chamado *statute law* ou *statutory law*, melhor traduzido por “direito legislado”. Nessa

⁸¹ Para além deles, existem, também, os sistemas jurídicos internacionais, que são múltiplos e sobrepostos, mas não falaremos deles, exceto, em uma situação específica, ao final deste capítulo.

⁸² Op. cit., p. 17-21.

situação específica, a distinção se dá no âmbito do que chamamos de teoria das fontes do Direito. O *common law* aqui designa o Direito aplicado pelos tribunais em conformidade com um sistema de precedentes que prescinde do direito legislado, isto é, de códigos, estatutos e legislações esparsas. A esse respeito, Gearey e Morrison⁸³ observam:

É apenas no final do século XIX que a legislação se torna a fonte mais prolífica de Direito na Inglaterra e no País de Gales. Durante a maior parte do período de desenvolvimento do *common law*, a maior parte do Direito era aplicada pelos tribunais independentemente de qualquer fonte legislada. A ficção constitucional dizia que os juízes apenas declaravam o que o Direito era, como se ele já existisse e precisasse apenas ser descoberto. É mais comum, nos dias de hoje, admitir que os tribunais **criam** o Direito, (...). [destaque no original; tradução própria].

Essa abertura criativa do *common law* enquanto fonte jurídica impunha um pressuposto lógico de que o Direito é algo aberto a desenvolvimento e a articulações mais claras.⁸⁴ Mas essas possibilidades, no âmbito judicial, estiveram sempre subordinadas a uma doutrina de soberania do Parlamento, de modo que o que é instituído legislativamente está apto a modificar o *common law*. Nessa perspectiva, perdem sentido as caracterizações das duas tradições jurídicas a partir de considerações sobre a hierarquia de cada fonte do Direito e a prevalência de uma sobre a outra (referimo-nos às fontes formais de Direito: lei, jurisprudência, doutrina, etc.). Agora, para concluir, enfatizamos: uma segunda acepção da expressão *common law* se emparelha, por oposição de origem, com a noção de direito legislado, ou *statutory law*.

O último sentido da expressão *common law* contrasta com o sentido da expressão *equity*. Nesse caso, falamos de dois sistemas de jurisdição diferentes. No desenvolvimento histórico do sistema jurídico inglês, as cortes de *common law*

⁸³ GEAREY, Adam; MORRISON, Wayne. **Common law reasoning and institutions**. London, UK: University of London International Programmes Publications Office, 2012. – (Subject guide). p. 19. No original: “It is only since the late nineteenth century that statutes have become the most prolific source of law in England and Wales. For most of the development of the common law system, the majority of the law as applied by the courts independently of any statutory source. The constitutional fiction was that the judges merely declared what the law was, as though it was already there and merely needed to be discovered. It is more usual today to admit that the courts **create** law, (...).”.

⁸⁴ GEAREY, A.; MORRISON, W., op. cit., p. 20.

operavam com uma série de limitações no que diz respeito à competência material do que poderia ser levado a elas. As formas e os procedimentos constituíam um aspecto determinante dos órgãos jurisdicionais de *common law* e, na ausência de uma forma ou de um procedimento adequado para julgar uma situação, a demanda não chegava sequer à fase processual de conhecimento. Esse aspecto, historicamente contornado, sobretudo a partir do século XIX, ecoa, até os dias de hoje, nas discussões sobre acesso à justiça, um problema social cujo tratamento nos países mais emblemáticos da tradição anglo-americana deixou, por muito tempo, a desejar.⁸⁵

Antes das reformas levadas a efeito no século XIX, a solução foi o apelo ao próprio Monarca que, através de seu Chanceler, considerado a “consciência” do Rei, proferia vereditos sobre situações cujo desfecho, no âmbito das cortes de *common law*, teria sido impossível ou insatisfatório. Com o passar do tempo, esse recurso foi sendo aperfeiçoado até dar origem a um novo sistema de jurisdição, paralelo à jurisdição de *common law*, com suas próprias regras e procedimentos. A jurisdição de *equity* tinha seu próprio sistema de precedentes, uma vez que o direito legislado era escasso quando de seu aparecimento. Por muito tempo, as jurisdições de *common law* e de *equity* serviram como polos do embate mais amplo entre liberais e absolutistas, respectivamente, na Inglaterra. As cortes de *equity*, em que pese sua maior proximidade ao direito romano e ao direito canônico e sua maior preocupação com questões de direito substantivo, acabaram associadas a doutrinas políticas autoritárias e, por fim, os dois sistemas de jurisdição foram unificados nos *Judicature Acts* de 1873-1875.

As regras de *equity*, porém, nunca deixaram de existir e foram absorvidas pela jurisdição una que surgiu com as reformas do século XIX. Tradicionalmente, em caso de conflito entre uma regra de *equity* e uma regra de *common law*, aquela

⁸⁵ A esse propósito, observe-se o que dizem GEAREY & MORRISON (2012, p. 24), em tradução própria: “Nesse contexto, os juristas civilistas são vistos como mais favoráveis à acessibilidade do que à certeza. Eles enfatizam que o Direito deve estar disponível para todos, facilmente compreensível, e mantido (o tanto quanto possível) fora do controle de uma classe sacerdotal. (...) Uma abordagem amplamente “propositiva” é encorajada no que concerne à interpretação de frases e expressões promulgadas e a consistência é considerada menos importante do que fazer justiça às partes individuais. Não é incomum que os códigos sejam deliberadamente vagos e genéricos em suas escolhas linguísticas, de modo a permitir que casos individuais sejam decididos com base em seus próprios méritos.”. Note-se que essas observações são válidas especialmente nos sistemas processuais inquisitivos, modelo prevalecente na França, o alvo, por excelência, de uma certa complacência aristocrática tipicamente britânica.

deveria prevalecer. É importante notar que o sentido de *equity* que o aproxima de formulações de Direito Natural deixou de ser influente na prática judicial inglesa há muito tempo, não se devendo supor, portanto, que a reforma do século XIX teve um sentido reacionário. As regras de *equity* hoje são tão hábeis quanto as regras de *common law* a produzirem resultados justos ou injustos.⁸⁶ Após a unificação dos dois sistemas de jurisdição, tornou-se possível reportar-se a elas, no contexto das fontes do Direito, como *case law*⁸⁷, expressão que, na prática, equivale à expressão *common law* no segundo sentido aqui abordado. O chamado *case law* presta particular observância à doutrina do *stare decisis*, sobre a qual falaremos na sequência.

2.1.2 A doutrina do *stare decisis* e a força vinculante dos precedentes judiciais nos sistemas jurídicos de *common law*

O termo latino *stare decisis* deriva da expressão *stare decisis et non quieta movere*, que pode ser traduzida por “mantenha o que foi decidido e não mexa no que está assentado”.⁸⁸ No Direito, o brocardo dá expressão ao conservadorismo político da cultura anglo-americana, que, na segunda metade do século XX, ficou cristalizado na frase “If it ain’t broke, don’t fix it”.⁸⁹ Ele traduz, desse modo, a chamada doutrina do precedente (*doctrine of precedent*), segundo a qual os órgãos jurisdicionais estão vinculados às decisões judiciais proferidas por eles próprios e pelos órgãos jurisdicionais de hierarquia superior a eles. As possibilidades de inobservância de um precedente são poucas e se materializam por meio de alguns mecanismos que discutiremos mais à frente. As expressões inglesas *doctrine of stare decisis* e *doctrine of precedent* são, para todos os efeitos, sinônimas, com a ressalva de que apenas o vocábulo “precedente” é usado isoladamente como substantivo para aludir a uma decisão judicial passada. Na forma substantivada,

⁸⁶ GEAREY, A.; MORRISON, W., op. cit., p. 27.

⁸⁷ GENN, Hazel. **Common law reasoning and institutions**. London, UK: International Programmes Publications Office, 2015. – (Subject guide). p. 14.

⁸⁸ ADELEYE, Gabriel G.; ACQUAH-DADZIE, Kofi. **World dictionary of foreign expressions: a resource for readers and writers**. Wauconda, US: Bolchazy-Carducci Publishers, 1999. p. 371.

⁸⁹ Traduz-se por “Se não está quebrado, não o conserte.”. Conta-se que o patrono da frase é Bert Lance, um homem de negócios norte-americano que atuou por um breve período como Diretor do órgão federal de Gestão e Planejamento durante a presidência de Jimmy Carter.

“*precedent*” também pode ser substituída por “*authority*”. Quando *stare decisis* aparece substantivado, estamos diante de uma metonímia: diz-se *stare decisis* para dizer *doctrine of stare decisis*.

Um postulado fundamental da doutrina do *stare decisis* é a relação do Direito com o passado. Quando se consideram a Constituição e o direito legislado, um aspecto comum aos dois é que a sua autoridade remonta ao tempo passado no qual foram promulgados (ou outorgados, a depender da situação). Nos sistemas jurídicos em que a jurisprudência também atua como fonte não ocasional do Direito, o seu caráter pretérito também ressaí: é o passado que nos prende. Dizemos isso porque, em geral, não costumamos pensar a respeito dessa vinculação quando tratamos de um texto constitucional ou de um diploma legislativo: em geral, não dizemos que a preteridade da Constituição nos prende (a não ser, é claro, que a legislação ou a norma constitucional estejam notadamente ultrapassadas). No caso da decisão judicial, porém, quando se toma nota desse aspecto, há uma tendência a associá-lo a temores bem decantados sobre as inclinações conservadoras do Direito, por exemplo.

Segundo as considerações de Gearey & Morrison⁹⁰, uma multiplicidade de fatores entra em cena no momento em que o juiz toma uma decisão: a necessidade de estabilidade e segurança jurídica; o anseio de fazer justiça às partes; a necessidade de não invadir competência do Legislativo; a necessidade de fundamentar a decisão com argumentos arrazoados; e a necessidade de decidir com base em ao menos um tópico levantado pelas partes.⁹¹ Ao interagirem, esses múltiplos fatores dão ensejo a uma tensão entre segurança e adaptabilidade na prática judicial. É uma tensão que mantém a jurisprudência, enquanto fonte do Direito, sempre mais atualizada do que a legislação e o texto constitucional, uma vez que constantemente desafiada pelos assuntos do presente.

Para funcionar, essa lógica de atuação do órgão jurisdicional deve ser orientada por uma noção de economicidade que recomende a inobservância do que foi estabelecido anteriormente apenas em situações nas quais há razões bastante convincentes para tal. É preciso, assim, que a decisão judicial esteja sob escrutínio constante. Em outras palavras:

⁹⁰ Op. cit., p. 54.

⁹¹ Este último fator depende do modelo de jurisdição e dos limites à atuação do juiz. No caso brasileiro, por exemplo, existe a possibilidade do *habeas corpus ex officio*. Em sistemas inquisitoriais, essas possibilidades se ampliam.

Juízes individuais precisam se adequar a uma tradição em que a propensão a tomar decisões arbitrárias precisa ser controlada; a doutrina do precedente ou *stare decisis* é uma garantia contra a noção segundo a qual juízes decidem arbitrariamente. O princípio do *stare decisis* lhes orienta a seguir as regras doutrinárias consolidadas de identificação e controle do uso do precedente: casos iguais devem ser tratados de maneira igual, de modo a permitir que as partes possuam algum grau de segurança em relação ao desfecho da demanda apresentada.⁹²

A força vinculante prospectiva é característica de apenas algumas decisões judiciais, porém. Assim, é possível falar em dois tipos de precedentes judiciais nos sistemas jurídicos de *common law*: um precedente com força vinculante (*binding precedent*) e um precedente sem força vinculante (*persuasive precedent*). Em um país com sistema jurídico de *civil law*, o *status* da jurisprudência como fonte do direito costuma ser o de um precedente sem força vinculante: ele persuade, mas a obediência a ele não chega a ser obrigatória. Para que possa ser considerado um precedente vinculante, então, a parte argumentativa da decisão judicial precisa atender aos seguintes critérios: em primeiro lugar, ela deve conter um pronunciamento de Direito⁹³ propriamente dito; em segundo lugar, ela deve estar contida na chamada *ratio decidendi* do caso precedente, isto é, ela deve constar como uma razão juridicamente determinante para o teor da decisão; em terceiro lugar, ela deve ter sido decidida por um órgão jurisdicional com ascendência hierárquica sobre o órgão jurisdicional deliberante; por último, as diferenças entre o

⁹² GEAREY; MORRISON, op. cit., p. 54. No original: “Individual judges need to fit into a tradition in which the propensity to make arbitrary decisions is controlled; the doctrine of precedent or *stare decisis* safeguards against the notion that judges make arbitrary decisions. The principle of *stare decisis* asks judges to follow the doctrinal rules laid down in identifying and controlling the use of precedents: like cases are decided alike, thus providing parties with some degree of certainty regarding the outcome of a proposed case.”.

⁹³ Aqui, notem-se as sutilezas do que se quer dizer: uma decisão judicial de um caso mais do que corriqueiro para o órgão jurisdicional do qual emana pode simplesmente dizer que “considerando que não restou caracterizado dano moral, indefiro o pedido da parte autora”; em outra situação, porém, ela pode ir mais além e dizer que “mero aborrecimento não caracteriza dano moral”. No primeiro caso, não há pronunciamento tendente a criar precedente – a decisão é introspectiva e considera apenas o que já se reputa questão jurídica incontroversa: não havendo dano, inexistente o dever de indenizar. No segundo caso, foi preciso estabelecer algumas novas conexões de sentido, cuja natureza (se declaratória ou constitutiva, por exemplo) não vem ao caso, mas que é extrospectiva e se projeta como um fato-tipo abstrato, na prática: se a conduta do réu suscitar apenas pequeno ou médio aborrecimento ao qual todos nós estamos sujeitos nas tratativas do dia-a-dia, então, não há que falar em dano moral.

caso precedente e o caso sob apreciação não podem ser significativas de maneira determinante.⁹⁴

A doutrina do *stare decisis* é um traço particularmente importante em sociedades liberais, como costuma ser o caso em países da tradição anglo-americana. Tomados como agentes econômicos, os jurisdicionados precisam saber o que diz o Direito sobre seus planos de ação econômica. Essa certeza do Direito não é tão flagrante nos países de sistemas jurídicos de *civil law*, uma vez que a aplicação da norma legislada é levada a cabo através de um processo de interpretação judicial que não privilegia, de modo determinante, as interpretações judiciais anteriores. Nesse sentido, portanto, a ausência de uma doutrina de *stare decisis* favorece a litigância. Segundo Glenn⁹⁵, esse é o principal objetivo da força vinculante do precedente judicial no *common law*:

A ideia do precedente vinculante no *common law* é assegurar a equidade por meio da consistência, oferecer previsibilidade no Direito e, desse modo, reduzir a necessidade por litigância. Se as pessoas puderem determinar o que diz o Direito, não há motivo para levar o caso à apreciação judicial e, de fato, não há o menor sentido em fazê-lo. Consultores jurídicos podem aconselhar seus clientes com confiança acerca de quais princípios jurídicos um juiz lançaria mão ao decidir uma disputa e do que resultaria disso. A regra do precedente vinculante informa que a norma jurídica estabelecida em um caso anterior vai continuar a ser aplicada em casos subsequentes até que um outro órgão de jurisdição delibere que aquele caso foi decidido de modo incorreto, ou que por alguma outra razão não esteja mais apto a se fazer valer, ou até que uma corte de hierarquia superior reverta a decisão, ou até que o Parlamento decida mudar o Direito por meio de uma nova legislação que revogue ou altere a norma definida pelo órgão jurisdicional. [tradução própria]

⁹⁴ GEAREY; MORRISON, op. cit., p. 55.

⁹⁵ Op. cit., p. 45. No original: "The idea of binding precedent in the common law system is to ensure fairness through consistency, to provide predictability in the law and thus reduce the need for litigation. If people can determine what the law is, there is no need to litigate the case and indeed no point in doing so. Legal advisers can advise clients with confidence about what the legal principles are that a judge would apply in deciding a dispute in court and what the outcome would be. The rule of binding precedent is that the legal rule established in a precedent will continue to be applied in subsequent similar cases until either another court decides that the case was incorrectly decided, or for some other reason cannot be allowed to stand, or until a higher court decides that the case was incorrectly decided, or for some other reason cannot be allowed to stand, or until a court higher in the hierarchy overturns the decision, or until Parliament decides to change the law by passing a new Act of Parliament that overrules or alters the rule laid down by the court."

No contexto da doutrina do *stare decisis*, uma outra possibilidade de classificação concerne à origem do precedente em questão. Quando a decisão judicial que serve de parâmetro para a deliberação *hic et nunc* tiver sido originada em um órgão jurisdicional de hierarquia superior, fala-se em precedente vertical. Quando a decisão judicial em referência tiver origem no mesmo órgão jurisdicional, fala-se em precedente horizontal. Um aspecto historicamente relevante na discussão sobre a origem da doutrina do *stare decisis* resulta do fato de ela consistir, inclusive no que tange a essas classificações práticas, em uma criação judicial. Ou seja, não há legislação inventiva nos sistemas jurídicos de *common law* que regule a invocação de precedentes por um órgão jurisdicional.⁹⁶ Nesse sentido, a propósito, em última instância, as inovações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil não chegam a ser imprescindíveis para que a adoção de um sistema de respeito aos precedentes na prática judicial brasileira venha a ser erigido.

No sistema jurídico da Inglaterra e do País de Gales⁹⁷, desde 1898, o órgão jurisdicional de maior hierarquia, à época a própria *House of Lords*, que é a câmara alta do Parlamento britânico, decidiu que suas decisões anteriores eram vinculantes para si mesma (ou seja, eram precedentes horizontais)⁹⁸. Essa orientação foi revertida em 1966, porque, na prática, acabou inserindo um elemento de imutabilidade no Direito inglês. De qualquer modo, em que pese a mudança promovida nos anos 1960, as possibilidades de reverter um precedente da própria Câmara dos Lordes são mínimas e muito pouco utilizadas.⁹⁹ Nos Estados Unidos, um precedente judicial estabelecido pela Suprema Corte norte-americana também só pode ser revertido em situações bastante específicas. Essas possibilidades serão discutidas com mais detalhe oportunamente.

Antes de encerrarmos esta subseção, alguns esclarecimentos finais são necessários. Primeiramente, não há, do ponto de vista histórico, uma coincidência cronológica entre o aparecimento do *common law* e a doutrina do *stare decisis*. Por muito tempo, inclusive, houve na Inglaterra uma jurisdição de *common law* sem que houvesse sido formulada uma doutrina de precedentes vinculantes para sua operacionalização. Foi apenas na segunda metade do século XIX, em especial entre

⁹⁶ GLENN, op. cit., p. 47.

⁹⁷ Para quase todos os efeitos, nas instâncias iniciais, a Escócia e a Irlanda do Norte possuem sistemas de jurisdição próprios.

⁹⁸ No julgamento do caso *London Street Tramways Ltd v London County Council*.

⁹⁹ GLENN, op. cit., p. 49.

1862 e 1900, que as formulações doutrinárias nesse sentido começaram a se consolidar como parte fundamental do sistema jurídico inglês e de outros países da tradição anglo-americana. Os discursos que buscam explicar a essência do *common law* com alusão à doutrina do *stare decisis* perdem de vista outras características mais enraizadas na tradição jurídica dos países de língua inglesa.¹⁰⁰

A rigor, isso seria como dizer que a essência do *civil law* é a codificação. O *stare decisis*, retrospectivamente, é apenas a resposta do *common law* às necessidades de modernização e racionalização do Direito, que ganharam voz com maior força justamente no século XIX. No caso dos países da tradição romano-germânica, a solução que pareceu mais adequada foi a codificação, mas, de nenhuma maneira, é essa a tendência que melhor simboliza o espírito do direito civilístico. Marinoni¹⁰¹ oferece esse alerta, acerca da vinculação cogente entre *common law* e *stare decisis*, para esclarecer que não há incompatibilidade, na cultura ou na lógica jurídicas, entre um sistema processual que outorgue força vinculante aos precedentes judiciais e os sistemas jurídicos ancorados na tradição de *civil law*.

2.1.3 Vinculação por uma razão: o problema da *ratio decidendi*

Um conceito recorrente nas discussões sobre a decisão judicial em sistemas jurídicos de *common law* é a chamada *ratio decidendi*. A tradução literal da expressão é mais inequívoca, aqui: razão para decidir, pura e simplesmente. O conceito reporta-se à parte referente à fundamentação em uma sentença judicial, por exemplo, e contempla os motivos de direito que justificaram a deliberação em um sentido ou em outro. Ela constitui um pronunciamento sobre qual é o Direito naquele caso concreto. Tanto nos sistemas jurídicos de *civil law* quanto nos sistemas jurídicos de *common law* é possível, diante de uma decisão judicial qualquer, proceder a uma busca da *ratio decidendi*. Em tese, portanto, toda decisão sobre o Direito deve conter uma *ratio decidendi*. No sistema jurídico brasileiro, a ausência de *ratio decidendi*, por assim dizer, é tendente a provocar sua anulação.

¹⁰⁰ MARINONI, op. cit., p. 17.

¹⁰¹ Op. cit., p. 18.

Há casos, porém, em que a *ratio decidendi* existe, mas a sua identificação exige algum empenho por parte do estudioso da decisão.¹⁰²

Segundo o *Black Law's Dictionary*¹⁰³, a expressão entrou em uso na cultura jurídica de língua inglesa a partir do século XVIII. Em geral, uma decisão judicial típica em um sistema jurídico de *common law* deverá conter uma parte referente aos fatos sob exame, seguida de uma seção contendo os argumentos oferecidos pelas partes em favor de seu direito, seguido de uma decisão do caso e das razões para essa decisão (ou as razões anteriormente à decisão).^{104 105} Desde o século XVIII, portanto, há uma expectativa de que o jurisdicionado possa saber as razões pelas quais o direito que alega lhe foi concedido ou negado. Em um relatório do caso que vá compor os compêndios de jurisprudência, a referência ao julgamento deverá incluir uma breve descrição fática do que foi levado à apreciação judicial e os princípios jurídicos aplicados a esses fatos que ensejaram que a decisão adotasse esta ou aquela direção.

Glenn¹⁰⁶ explica que, em essência, a *ratio decidendi* é nada mais do que a norma jurídica que conduz à decisão atual e que vincula o juízo posterior. Assim, a *ratio decidendi* deve reportar-se aos fatos materiais determinantes do caso em análise. Num exemplo fornecido pelo próprio Glenn, no caso *Donoghue v Stevenson* [1932], a parte autora alegou que ficou enferma em virtude de uma serpente morta que estava na garrafa de cerveja consumida por ele. Ao decidir que a parte ré tinha o dever de indenizar, o fato de a garrafa ter coloração marrom (o que impedia a parte autora de enxergar que havia uma serpente morta dentro dela) foi considerado um fato determinante para afastar a tese de culpa da vítima, por exemplo. O mesmo não pode ser dito do tipo da cerveja (no caso, uma *ginger ale*), pois a inocorrência desse fato específico não poderia, de nenhuma maneira determinante, impedir a concretização do dano (um outro tipo de cerveja em uma garrafa marrom poderia provocar dano semelhante).

¹⁰² Isso não chega a ser muito incomum nos sistemas jurídicos de *common law* e uma parte da mística em torno do estudo da jurisprudência, nesse caso, é justamente delimitar o que foi dito a título de *ratio decidendi* e o que foi dito a título de *obiter dictum*, sobre o qual falaremos mais adiante.

¹⁰³ GARNER, Bryan A (Ed.). **Black's Law Dictionary**. 9ª ed. St. Paul, US: West Publishing Co., 2009. p. 1376.

¹⁰⁴ GLENN, op. cit., p. 46.

¹⁰⁵ Na teoria, não é muito diferente do esquema “relatório”, “fundamentação” e “parte dispositiva” seguido pelas sentenças judiciais brasileiras.

¹⁰⁶ Op. cit., p. 46.

Por outro lado, a *ratio decidendi* nem sempre é algo que se manifesta de forma translúcida no texto da decisão judicial. Essas formas de manifestação escrita dificilmente seguem um padrão silogístico do tipo: “No caso em tela não há que falar em aborrecimento acima do normalmente esperado; Mero aborrecimento não caracteriza dano moral¹⁰⁷; Logo, no caso em tela, não há dever de indenizar.”. Como alerta Glenn¹⁰⁸:

A *ratio* não aparece sublinhada ou em tinta vermelha no processo. As sentenças ou acórdãos podem chegar a 10, 20 ou 50 páginas e incluir as opiniões de vários julgadores do caso. A única forma de identificar a *ratio* é por meio de um processo cuidadoso de análise e compreensão. Isto é, procedendo a uma leitura do processo, acompanhando a análise do julgador, acompanhando a identificação que ele faz dos princípios jurídicos chave e compreendendo como eles aplicaram esses princípios aos fatos do caso de maneira a chegar à decisão. [tradução própria].

É possível falar da *ratio decidendi* sob duas perspectivas. A primeira delas seria de caráter descritivo. Reporta-se à *ratio* descritivamente quando se pretende aludir à maneira por meio da qual o juízo precedente chegou à decisão: no precedente “X”, o juiz mensurou em que medida cada réu poderia ter evitado o resultado danoso e, a partir dessa mensuração, atribuiu responsabilidades distintas para cada um deles. Esse precedente não deixa de vincular, na medida em que o juízo subsequente pode adotar o mesmo percurso lógico que o juízo precedente sob a alegação de que esse é o caminho juridicamente adequado. Essa forma de invocação do precedente está mais fincada em uma análise material do caso anterior, os detalhes fáticos do caso anterior tendo especial relevância para o deslinde do caso atual. Esse não é o sentido mais repercussivo, porém, da expressão *ratio decidendi*.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Neste exemplo, o trecho “mero aborrecimento não caracteriza dano moral” seria uma expressão satisfatória da *ratio decidendi*.

¹⁰⁸ Op. cit., p. 47. No original: “The *ratio* does not appear underlined and in red ink in the judgment. Reported cases may run to 10, 20 or 50 pages and include judgments given by several judges in the case. The only way to identify the *ratio* is through a careful process of analysis and comprehension. Reading through the case, following the analysis of the judge, following the judge’s identification of the key legal principles and understanding how they have applied those principles to the facts of the case in order to reach their decision.”.

¹⁰⁹ McLEOD, Thomas Ian. **Legal Method**. 3ª ed. London, UK: Macmillan Press, 1999. – (Macmillan Law Masters). p. 145.

A segunda perspectiva, então, tomaria a *ratio decidendi* em seu aspecto prescritivo e consistiria em um empenho por aplicar o mesmo princípio de Direito, o mesmo padrão, critério ou protótipo jurídico¹¹⁰, por assim dizer, utilizado no caso precedente.¹¹¹ É essa perspectiva que permite a mutabilidade do Direito, uma vez que, no âmbito prescritivo, existe espaço para que o juízo subsequente se posicione contrariamente ao juízo precedente sob a alegação de que houve erro na aplicação do princípio jurídico naquela oportunidade, isto é, que o princípio jurídico de que consiste a *ratio decidendi* afastada não é o princípio adequado. Sem considerar essa perspectiva do precedente, o juiz no *common law* acabaria por se tornar um autômato, o técnico que põe em execução o algoritmo.

O conceito de *ratio decidendi* tem uma ligação histórica mais determinante com a doutrina do *stare decisis* do que com a tradição de *common law* em si. Antes de a expressão começar a ter seu uso difundido, no século XVIII, o *common law* já era um aspecto predominante na cultura jurídica inglesa.¹¹² Nesse sentido, repetimos o diagnóstico: o conceito de *ratio decidendi* não é incompatível com as técnicas de argumentação jurídica nos países com sistemas de *civil law*, e, em grande medida, já se materializa na prática judicial de países como o Brasil, pelo menos, onde o juiz tem um dever constitucional de fundamentação da decisão judicial e onde o Código de Processo Civil entra em um nível não desprezível de detalhamento em relação a como estruturá-la. No vocabulário jurídico brasileiro, a expressão, na doutrina de Marinoni¹¹³, por exemplo, surge em sinonímia com as expressões “motivos determinantes” e “núcleo essencial da decisão”, as quais, porém, perdem um pouco em clareza, considerando a ausência de firulas e de rebuscamento que resulta da tradução literal da terminologia latina.

Em um contexto de produção ideal do Direito, a *ratio decidendi* deveria ter a clareza de um texto de Súmula de Jurisprudência, diríamos. Esse é um exemplo que

¹¹⁰ Ressalte-se que essas três terminologias podem ser traduzidas em inglês por *standard*, um termo de uso frequente nesse contexto e que simboliza a contento o que se quer exprimir. Também é comum o uso da expressão *holding* para designar uma formulação sumulada da *ratio decidendi*.

¹¹¹ McLEOD, op. cit., p. 145-146.

¹¹² A esse propósito, incluímos em apêndice um gráfico extraído da base de dados do *Google Books Ngram Viewer* e que permite visualizar as ocorrências de algumas dessas expressões em obras bibliográficas publicadas em língua inglesa em um período que se inicia em 1500 e vai até 2008.

¹¹³ Op. cit., p. 17.

Marinoni¹¹⁴ apenas insinua, mas que, em nosso entendimento, parece espelhar com perfeição aquilo que desejamos demonstrar. No caso de órgãos de jurisdição colegiados, essa clareza é ainda mais difícil de alcançar. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, nos casos em que os julgadores da posição vencedora chegam às mesmas respostas, mas a partir de fundamentos jurídicos distintos, a decisão se reveste de pouco valor enquanto precedente.¹¹⁵ No caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o hábito é que cada Ministro apresente seu voto com fundamentos próprios, ainda que, ao final, declarem adesão ou dissensão em relação ao voto do Relator. A possibilidade ou não de extração de uma *ratio decidendi* em situações assim será discutida no último capítulo.

Via de regra, há uma tensão, na identificação da *ratio*, entre singularidade e generalidade, uma tensão que, sempre que extrapolada em uma das duas direções, acaba por inviabilizar os efeitos práticos da vinculação pelo precedente. Se a *ratio decidendi* se exprime tão singularmente que não é possível conceber em que outra situação ela possa vir a ser aplicada, então essa *ratio* não se presta à formação de precedente judicial. Se, por sua vez, ela é tão abrangente que se torna incapaz de sinalizar uma conexão de sentido ainda não explorada na linguagem jurídica, então ela só vincula no sentido em que se trata, a bem da verdade, de uma noção jurídica largamente aceita (ou seja, a *ratio* é uma confluência recorrente de outros precedentes). Às vezes, pode ser útil, do ponto de vista de uma “política” judicial, individualizar ao máximo o escopo da decisão. Recentemente, por exemplo, essa necessidade foi sentida no caso do bebê inglês Charlie Gard, portador da síndrome de depleção do DNA mitocondrial, uma doença raríssima e totalmente incapacitante. Em meados de 2017, o órgão de jurisdição máxima do Reino Unido decidiu que o hospital em que Charlie Gard estava internado poderia desligar os equipamentos médicos que o mantinham biologicamente vivo. Mas, estava claro, o caso era tão cheio de peculiaridades e em um período de mudanças tão significativas na medicina que sua *ratio* não poderia oferecer muita luz para situações futuras.^{116 117}

¹¹⁴ Op. cit., p. 17.

¹¹⁵ KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions by United States Court of Appeals, **Fordham Law Review**, v. 51, 1982, p. 53-89. Disponível em: < <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4600&context=flr>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

¹¹⁶ BILEFSKY, Dan. Charlie Gard Dies, Leaving a Legacy of Thorny Ethics Questions, **The New York Times**, 28 jul. 2017. Disponível em: <<https://nyti.ms/2h9vt4x>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

A esse respeito, Karl Llewellyn¹¹⁸, um dos patronos do realismo jurídico norte-americano, nos dá notícia de alguns exemplos reveladores. Um deles faz alusão à sequência “*Buicks*”¹¹⁹, “carros automotivos” e “veículos em geral”. A depender da referência que se utilize na formulação da *ratio*, o seu escopo será mais ou menos abrangente. O mesmo ocorre com “rodovia” e “via pública”, por exemplo, em outro caso que nos informa Karl Llewellyn, e, em *Donoghue v Stevenson* (1932), já citado, com “cerveja de gengibre”, “alimentos e bebidas” e “bens manufaturados”. Em casos assim, a multiplicidade de opiniões em um julgamento colegiado costuma ensejar as conhecidas zonas de penumbra. Para lançar mais luz sobre elas, o que se diz incidentalmente na decisão, assim como o que se diz nas opiniões divergentes de um julgamento colegiado (*dissenting opinion*), é de particular utilidade, na medida em que dão um sentido mais consequente à *ratio decidendi*. Sobre o que é dito de forma incidental em uma decisão, falaremos a seguir.

2.1.4 Valorizando hipóteses: o *obiter dictum* e o raciocínio indutivo na argumentação jurídica de *common law*

O julgamento de um litígio é a instância de maior singularidade do Direito. É quando a pessoa “A” move uma ação contra a pessoa “B” alegando ter sido submetida às situações “C”, “D” e “E”, as quais, por sua vez, violam as normas previstas em “F”, “G” e “H”. Essas situações ocorreram em um ponto “I” do território do país “J” e, portanto, está sob sua jurisdição. Elas ocorreram no dia “K”, isto é, em um período em que a lei “L”, relevante para o caso, ainda não havia sido revogada. O julgamento é o momento em que as hipóteses fáticas e jurídicas que não passarem por um crivo de aplicabilidade à situação apresentada deverão ser descartadas como razões determinantes pelo julgador. Todavia, essas situações são, em algum sentido, infinitas. Não é possível explorá-las de maneira exaustiva, nem tampouco é possível saber com absoluta certeza se elas foram exploradas em abrangência minimamente satisfatória.

¹¹⁷ Um órgão jurisdicional pode fazer isso expressamente ao dizer que a decisão deve ser *confined to its own facts*, isto é, circunscrita à sua própria materialidade.

¹¹⁸ Apud McLEOD, op. cit., p. 147.

¹¹⁹ *Buick* é o nome de uma marca de carros da montadora General Motors. Os seus modelos não são comercializados no Brasil, mas estiveram, por muito tempo, entre os modelos mais populares nos Estados Unidos.

Fazê-lo, porém, mencionando-as e aludindo-lhes é um compromisso do julgador com a realidade. Ao decidir que, num caso hipotético, não há dever de indenizar, pois não houve dano moral, uma vez que a parte autora foi submetida tão-somente a mero aborrecimento, o juiz está delimitando duas situações específicas: uma para a qual a norma invocada se aplica (houve mais do que mero aborrecimento, houve dano moral) e outra para a qual a norma invocada não se aplica (não houve dano moral, houve apenas aborrecimento). A linha que separa essas duas possibilidades fáticas é tênue na maioria dos casos. E é nas áreas cinzas dessa fronteira que reside o trabalho de individualização do julgador. Para realizar essa empreitada de uma maneira transparente, diz-se muita coisa a respeito do que não se aplica diretamente ao caso em questão, para tornar ainda mais límpidas as razões pelas quais a decisão tomada foi esta e não aquela.

A expressão latina *obiter dictum*, mais comumente utilizada em sua forma plural, *obiter dicta*, traduz-se, em inglês, pela construção *by the way*. Em português, seria como se dizer, “a propósito”, o que, para o escopo do que o *obiter dictum* representa, seria uma boa forma de introduzir uma hipótese diante da qual o raciocínio jurídico aplicado seria outro¹²⁰: *obiter dictum*, se a vítima estivesse portando arma de fogo, o raciocínio poderia ser outro; a propósito, se o réu não tivesse tentado evadir-se do país, sua liberdade provisória poderia ter sido concedida... As possibilidades, mais uma vez, são infinitas, e o introito proposto poderia ser substituído ainda por “aliás” e “incidentalmente”, entre outras expressões. Esses raciocínios, em que pesem serem jurídicos, não vinculam, na medida em que não constituem a *ratio decidendi* do caso em questão. Nesse sentido, eles povoam um mundo de possibilidades não testadas: se a discriminação houvesse sido motivada por raça e não por orientação sexual, talvez, a posição do julgador pudesse ter sido outra. Mas até que essa hipótese seja levada a teste, via demanda judicial, a suposta inclinação do juiz consiste em nada mais do que especulação.

A depender da ascendência de um determinado órgão jurisdicional, mesmo o que ele diz a título de *obiter dictum* se reveste de grande importância jurídica.¹²¹ Antecipam-se os resultados de julgamentos futuros, as inclinações de juízes que

¹²⁰ Embora, na prática, isso não costume ocorrer. O *obiter dictum*, assim como a *ratio decidendi*, não vem sublinhado ou impresso em tinta vermelha, como diria Glenn.

¹²¹ GEAREY; MORRISON, op. cit., p. 56.

estão prestes a deixar o posto, o melhor momento para criar uma situação favorável de litigância e até mesmo a iminência de uma mudança de orientação futura em relação a outro precedente não determinante para o caso. Assim, embora não constitua o núcleo de um precedente vinculante, um pronunciamento a título de *obiter dictum* pode, perfeitamente, funcionar como um precedente persuasivo. Por um lado, se a fundamentação da decisão é um dever do magistrado, por outro, não há nada que o obrigue a fazer pronunciamentos a título de *obiter dictum*, o que os torna, nesse contexto, prescindíveis, em um sentido que não coincide com “desnecessário”. Sua mobilização pode se dar sob a forma de exemplo, argumento, analogia, sugestão, entre outras.¹²²

A expressão também passou a fazer parte do vocabulário jurídico de língua inglesa a partir do século XVIII, época em que a tradição filosófica britânica começava a colocar em xeque a abordagem dedutivista do racionalismo cartesiano. Os procedimentos indutivos passaram por um processo de revalorização, depois de um período de profunda rejeição das doutrinas aristotélicas ou ao que, no legado da escolástica medieval, se fazia passar por elas. Juízos de probabilidade passaram a gozar de mais confiabilidade do que conclusões lógicas oriundas de cadeias dedutivas cujas premissas maiores eram muitas vezes insuscetíveis de verificação prática. Diante disso, a indução e o empirismo foram reinstaurados como posturas mais atentas à realidade. No *common law*, no âmbito do qual a insuficiência de normas legislativas no século XVIII era patente (a ponto de conviver, inclusive, com a *equity*, um outro sistema de jurisdição) induzir tornou-se um método particularmente eficaz na revelação ou na criação do Direito. É nesse contexto que o que é dito incidentalmente ganha o *status*, em uma analogia bastante imperfeita, do grupo de controle em estudos experimentais controlados.

Em grande medida, uma audiência da Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, se revolve sobretudo em torno desses aspectos: o que aconteceria se nós aplicássemos o precedente invocado a esse caso; e o que aconteceria se nós não o aplicássemos? Que outras hipóteses fáticas poderiam ensejar a invocação desse mesmo precedente uma vez concluído o julgamento? A parte invocaria o precedente ainda que sua condição étnica, religiosa ou sexual fosse outra? Essa forma de raciocinar juridicamente é bastante sensível às repercussões práticas,

¹²² GARNER, op. cit., p. 1177.

tanto retrospectivas quanto prospectivas, de qualquer distanciamento em relação a um precedente que tem atuado como vinculante. Os modos legítimos de fazê-lo são bastante delimitados e, por sua natureza, possuem uma forte carga indutiva. Eles fazem parte da chamada “mecânica do precedente” e serão analisados a seguir.

2.2 A MECÂNICA DO PRECEDENTE E AS TÉCNICAS JUDICIAIS DE *DISTINGUISHING*, *OVERRULING* E *REVERSING*

Segundo McLead¹²³, uma série de terminologias sobre como deve ser recepcionado um possível precedente judicial passou a ganhar um sentido bem delimitado na prática judicial dos países da tradição anglo-americana. Quando existe concordância entre o juízo precedente e o juízo subsequente, a utilização dessas expressões é mais incontroversa. Quando o caso precedente é suficientemente parecido com o caso subsequente a ponto de convencer o órgão jurisdicional de que o mesmo princípio jurídico deve ser aplicado, temos a técnica judicial de *following*. Esse termo costuma ser usado quando os órgãos jurisdicionais em questão são de mesma estatura hierárquica. Quando o órgão jurisdicional do juízo subsequente é de hierarquia superior (uma corte de apelação, uma turma recursal, etc.), está caracterizado o chamado *approving*, pois entende-se que o juízo superior “confirmou”, de certo modo, o que foi decidido na instância inferior.¹²⁴ Por outro lado, quando a semelhança entre os casos não é bastante para se lançar mão da técnica de *following*, o juízo subsequente pode decidir analogamente ao caso precedente por meio de uma técnica chamada de *applying*.

Por outro lado, há casos em que a discordância entre os órgãos jurisdicionais, mas a relação entre eles não é de subordinação – isto é, na prática não há que falar em precedente vinculante, mas apenas em precedente persuasivo. Quando uma corte de segunda instância, por exemplo, não segue o precedente firmado por um órgão jurisdicional de primeira instância, por exemplo, ela pode fazê-lo lançando mão da técnica de *not following*. Quando a posição do órgão de segunda instância põe em dúvida os fundamentos da decisão do órgão de primeira instância, por

¹²³ Op. cit., p. 151-154.

¹²⁴ Não se trata de uma confirmação da *ratio* em um mesmo processo que, agora, se encontra em instância superior. O órgão jurisdicional, neste caso, confirma a *ratio* de um precedente que tecnicamente não o vincula, mas não no âmbito de um julgamento recursal do mesmo processo em que teve origem a *ratio* em questão.

exemplo, configura-se o chamado *doubting*. No caso de o órgão de segunda instância discordar frontalmente da *ratio* enunciada pelo órgão de primeira instância, estará configurada a técnica de *disapproving*.¹²⁵

Essas seis possibilidades não dão conta das hipóteses mais recorrentes de interação com os precedentes. Tais hipóteses vêm ganhando um certo espaço na doutrina processual brasileira recente, sobretudo em virtude da vigência do novo Código de Processo Civil. Comentaremos isoladamente cada uma delas a partir de agora.

2.2.1 As particularidades do caso concreto e a técnica de *distinguishing*

Quando um órgão jurisdicional, em uma decisão judicial específica, formula a *ratio decidendi* com um nível de generalidade, em relação aos aspectos materiais do caso, que possa ser considerada como razoável, abre-se espaço para que, em um julgamento posterior, a decisão se valha da técnica de *distinguishing* para afastar a *ratio* do caso precedente. McLead¹²⁶ alude a dois exemplos: em um caso precedente, um litigante teve reconhecido o seu direito de propriedade sobre um numerário que encontrou em um espaço comercial aberto ao público; num caso subsequente, outro litigante, que encontrou dois anéis de ouro em um reservatório de água, teve esse direito negado. O que permitiu afastar a *ratio* do caso precedente foi o fato de o reservatório de água não ser um espaço aberto ao público. O *distinguishing* funciona, então, como uma forma de demonstrar que o precedente alegado por uma das partes é irrelevante para o litígio sob apreciação. Cabe destacar que, como o exame dos precedentes alegados pelas partes é o primeiro momento na fase de decisão pelo juiz de *common law*, a operacionalização do *distinguishing* costuma ser particularmente frequente.¹²⁷

Ana Carolina de Sá Dantas^{128 129} fornece um exemplo da jurisprudência norte-americana em que a técnica de *distinguishing* foi utilizada pela Suprema Corte dos

¹²⁵ McLEAD, op. cit., p. 151-154.

¹²⁶ Op. cit., p. 151-152.

¹²⁷ DANTAS, Ana Carolina de Sá. Reflexões acerca das técnicas utilizadas para afastar o uso do precedente: *overruling* e *distinguishing*, **Publicações da Escola da AGU**, 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course, ano 3, n. 12, set/out 2011, p. 37-62.

¹²⁸ Op. cit., p. 57.

Estados Unidos para afastar a *ratio* de um *leading case* julgado por ela própria. A técnica foi mobilizada no julgamento do caso *Raul v. Bush* (2004), quando a Suprema Corte decidiu que catorze pessoas detidas pelas forças americanas em campanhas militares no exterior em um contexto geopolítico posterior aos ataques de 11 de setembro de 2001 e mantidas sob custódia em Guantánamo, uma porção da ilha de Cuba arrendada pelo governo estadunidense, tinham direito a impetrar *habeas corpus* em órgãos jurisdicionais norte-americanos. Para isso, a Corte não apenas convalidou que a base militar de Guantánamo estava sob jurisdição norte-americana, mas também que o precedente firmado no *leading case Johnson v. Eisentrager* (1950)¹³⁰ não se aplicaria a *Raul v. Bush*, já que não se tratava da captura de combatentes de países que estavam em guerra com os Estados Unidos em território que nunca esteve sob a soberania norte-americana, como havia sido o caso no julgamento de 1950. Como as catorze pessoas capturadas não eram combatentes de países que estavam em guerra com os Estados Unidos e como o território de Guantánamo estava, para todos os efeitos, sob jurisdição norte-americana, o precedente de 1950 não poderia ser aplicado e a impetração de *habeas corpus* em órgãos jurisdicionais estadunidenses deveria estar ao alcance dos custodiados.

Via de regra, portanto, o *distinguishing* não contempla uma valoração da retidão da decisão anterior e não implica uma negativa de seu valor enquanto precedente para outras situações (a não ser que se lance mão da ressalva *confined to its own facts*, conforme mencionamos na nota de rodapé de número 116). Para além do *distinguishing* tradicional, exemplificado acima, há duas outras formas mais típicas de operacionalização da técnica de *distinguishing* que são tratadas como doutrinas autônomas. A primeira delas é a doutrina *per incuriam*¹³¹, segundo a qual, o juízo subsequente afasta o precedente sob a alegação de que a *ratio* não levou

¹²⁹ A autora fornece, além de *Raul v. Bush* (2004), um exemplo de *distinguishing* pelo próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro.

¹³⁰ Em *Johnson v. Eisentrager* [1950], a Suprema Corte decidiu que os Estados Unidos não tinham jurisdição sobre criminosos de guerra mantidos sob custódia na Alemanha em uma instalação que era administrada e mantida pelos Estados Unidos.

¹³¹ É claro que a invocação dessa doutrina fez muito mais sentido durante um bom período de tempo em que as possibilidades de catalogação e indexação exaustivas dos julgamentos ocorridos sob uma determinada jurisdição eram mais precárias. Atualmente, a informatização permite resultados bastante satisfatórios nesses quesitos, de modo que, é cada vez mais difícil que um bom advogado ou um bom juiz possam desconhecer um precedente que vincule o órgão jurisdicional em que atuam ou uma norma legislativa que seja decisiva para o caso sobre o qual se debruçam.

em consideração um outro precedente, anterior, possivelmente vinculante, ou uma norma legislativa também anterior, não aludida e, portanto, não afastada no que tange à sua aplicabilidade. Considera-se, nessas situações, que o juízo anterior não teve à sua disposição todas as informações determinantes para o deslinde do litígio e que, por isso, a decisão foi tomada negligentemente ou, em tradução literal, por incúria. Essa constatação justificaria, então, o afastamento do suposto precedente a título de *distinguishing*: houvesse o juízo anterior tomado conhecimento de outros aspectos juridicamente determinantes, a decisão teria sido outra.¹³²

A segunda doutrina pode ser traduzida por doutrina das novas circunstâncias (*changed circumstances doctrine*). Segundo McLead¹³³, o brocardo latino *cessante ratione, cessat ipsa lex* simboliza o espírito da doutrina: quando as razões para a existência de uma norma jurídica deixam de existir, a própria norma jurídica deixa de existir. Ela é particularmente útil quando um órgão jurisdicional busca afastar um precedente instituído por ele próprio e, nesse sentido, não é de muita valia para instâncias inferiores em relação aos precedentes firmados por órgãos jurisdicionais de instâncias superiores. De qualquer modo, um aspecto constante ressaí da lógica inerente ao *distinguishing*: os precedentes que são afastados são precedentes que, *a priori*, seriam vinculantes. Nas técnicas iniciais que apresentamos, esse aspecto não prevalecia: via de regra, elas fazem mais sentido no trato com precedentes persuasivos.

2.2.2 A evolução do direito e a técnica de *overruling*

A técnica de *overruling* é mobilizada quando um juízo de instância superior acredita que a decisão de um juízo de instância inferior foi incorreta, do ponto de vista jurídico, e que ela não deve ser seguida por outros órgãos jurisdicionais, ou ainda, quando um juízo tem razões para acreditar que a *ratio* de uma decisão proferida em seu próprio âmbito não mais deve prosperar. A enunciação dessa nova diretriz pode ser expressa ou tácita.¹³⁴ Quando a decisão precedente é alvo do mecanismo de *overruling*, então, ela deixa de vincular todos os outros órgãos de jurisdição. Em português, o adjetivo *overruled* costuma ser traduzido por “anulado”,

¹³² McLEAD, op. cit., p. 152-153.

¹³³ Op. cit., p. 153-154.

¹³⁴ GLENN, op. cit., p. 47.

“revogado” ou “superado”, de modo que *overruling* poderia ser tomada por “anulação” ou “revogação” ou “superação”. Mas, nesse caso, um esclarecimento se faz necessário. Trata-se aqui de uma anulação dos efeitos da sentença enquanto fonte de Direito em sentido abstrato. Não se revogam, pelo menos não necessariamente, os efeitos da sentença *intra partes*, pois, em relação a eles, a decisão já terá feito coisa julgada: quando ainda cabe recurso e revisão da *ratio* em instância superior, não se aperfeiçoou ainda a sua vocação para precedente.

Talvez o caso mais emblemático de *overruling* na história jurídica norte-americana seja *Brown v. Board of Education* (1954), o julgamento que declarou inconstitucionais as leis estaduais estabelecendo a segregação racial nas escolas públicas e derrubou a doutrina do *separate but equal*, que reconhecia que brancos e negros eram iguais ao mesmo tempo em que permitia a prática de atendê-los em estabelecimentos distintos ou em partes reservadas de um mesmo estabelecimento. *Brown*, portanto, “superou” (*overruled*), enquanto precedente, a decisão tomada em *Plessy v. Ferguson* (1896), uma das decisões mais criticadas da Suprema Corte, que declarava que os Estados federados tinham a prerrogativa de adotar medidas de segregação racial sem que a União pudesse proibi-los de fazê-lo, embora, expressamente, em *Brown*, apenas para o contexto das escolas públicas.

O mecanismo de *overruling* é bastante utilizado em situações nas quais muito tempo decorreu desde a formação do precedente ainda vigente. Esse é o caso do exemplo acima. Quando *Plessy v. Ferguson* (1896) foi apreciado pela Suprema Corte norte-americana, pouco mais de três décadas haviam transcorrido desde o fim da Guerra Civil norte-americana (1861-1865) e da ratificação da 13ª emenda constitucional¹³⁵, a qual aboliu a escravidão. Apenas em 1866 o primeiro *Civil Rights Act* norte-americano foi promulgado e apenas em 1868, a 14ª emenda, que contém, entre outras coisas, uma cláusula de igual proteção perante a lei, foi adotada. Todos os *justices* da Suprema Corte, à época, estavam vivos quando do fim da Guerra Civil e as opiniões predominantes entre pessoas em seus grupos etários continham

¹³⁵ No sistema constitucional norte-americano, uma Emenda Constitucional precisa ser aprovada nas duas casas legislativas por 2/3 dos membros de cada uma das casas e, posteriormente a isso, precisa ser aprovada por 3/4 dos Estados federados para ser considerada ratificada. A proposta de emenda que concedia representação congressional à população residente no Distrito de Columbia, onde está sediada a capital dos Estados Unidos, por exemplo, nunca chegou a ser ratificada pelo mínimo estipulado de Estados federados, razão pela qual, o Distrito de Columbia, diferentemente do Distrito Federal brasileiro, não possui representantes no Congresso norte-americano.

preconceitos bastante arraigados sobre a questão racial e concepções muito centrífugas sobre a questão federalista.¹³⁶ Do ponto de vista moral, no entanto, a decisão é reveladora de que como a mobilização de cânones da “tradição” também impõe um ônus considerável para os sistemas jurídicos de *common law*.

Um precedente “anulado” (*overruled*) deixa de fazer parte do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a técnica de *overruling* é bem menos utilizada do que a técnica de *distinguishing*, uma vez que seu uso em demasia implicaria incerteza jurídica para os jurisdicionados e para os próprios operadores do Direito, por assim dizer. Na prática jurídica brasileira, Dantas aponta a revogação de Súmulas Vinculantes como um exemplo apropriado de uso do *overruling*. Para a prática jurídica norte-americana, a autora alude à superação do precedente que autorizava a execução de pena de morte a pessoas com menos de 18 anos de idade à época da conduta criminoso. O precedente anulado estava contido na *ratio* do caso *Stanford v. Kentucky* (1989). A decisão que derruba o precedente compõe a *ratio* do caso *Roper v. Simmons* (2005).¹³⁷

Em especial na prática jurídica inglesa, a expressão *overruling* também pode ser utilizada nas situações em que o Parlamento promulga legislação que expressamente revoga a norma jurídica enunciada por um precedente judicial ou que, em sua execução, é incompatível com um precedente judicial até então vigente.¹³⁸ Nesse caso, cabe lembrar que no sistema jurídico inglês, a doutrina da soberania do Parlamento tem imenso apelo, de tal modo que, a grosso modo, as hipóteses de controle de constitucionalidade no Direito britânico ainda são bastante precárias: se o Parlamento não suspender a eficácia de norma declarada “incompatível” com o *Human Rights Act* de 1998, por exemplo, não há nada que qualquer órgão jurisdicional britânico possa fazer. Curiosamente, porém, uma decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos¹³⁹, na prática, obriga o Parlamento inglês de uma maneira que nenhuma corte britânica conseguiria fazer.

¹³⁶ Isso não impediu que Justice John Marshall Harlan adotasse posicionamento contrário no julgamento, tornando-se assim um dos *Great Dissenters* do constitucionalismo norte-americano. Em seu voto, ele previa que a decisão seria danosa para a imagem da Corte no futuro. Hoje, *Plessy v. Ferguson* (1896) é reputada uma das piores decisões judiciais da história da Suprema Corte.

¹³⁷ DANTAS, op. cit., p. 58-60.

¹³⁸ GLENN, op. cit., p. 47.

¹³⁹ Conhecida como Corte de Estrasburgo. Não confundir com o Tribunal de Justiça da União Europeia (a Corte de Luxemburgo), que é soberano em se tratando do Direito

Na doutrina, várias hipóteses são discutidas acerca da possibilidade de se configurar o *overruling* em situações mais incomuns. Margaret N. Kniffin¹⁴⁰, por exemplo, examina os casos em que as *Court of Appeals* (órgãos de instância intermediária com competência recursal) antecipam a opinião da Suprema Corte em um eventual reexame de um precedente estabelecido por ela. Esses órgãos podem sinalizar que, diante das circunstâncias atuais, na hipótese de reexame pela Suprema Corte, o precedente em análise estaria superado. Essa conclusão é extraída dos próprios posicionamentos da Suprema Corte em relação a outros temas correlatos, mas que podem servir de indicativo sobre como seria o comportamento dela mesma quando confrontada novamente com a *ratio* que outrora proferiu. A hipótese é controversa, em especial se considerarmos que a Suprema Corte norte-americana dispõe de uma liberdade inaudita para selecionar os casos que irá ouvir. Bradley Scott Shannon¹⁴¹, por sua vez, fala em *overruling by implication*, que se configura quando uma *Court of Appeal* considera que, a julgar pelo teor de outras decisões da Suprema Corte, o precedente a ser afastado já foi superado, pela própria Suprema Corte, mas apenas implicitamente (ou seja, não houve uma anulação expressa pela Suprema Corte).

2.2.3 *Reversing* e a questão da criação judicial do direito

Além do *distinguishing*, inclusive das situações especiais que motivam decisões *per incuriam* ou por alteração das circunstâncias (*changed circumstances*), e do *overruling*, seja ele expresso ou tácito, fala-se, no contexto de técnicas para afastar precedentes vinculantes, da técnica de *reversing* ou *reversal*, que, na prática, consiste tão-somente em reformar a decisão de uma órgão jurisdicional de hierarquia inferior no julgamento de recurso de competência de órgão jurisdicional de hierarquia superior¹⁴² (exceto nas situações em que o recurso pode ser apreciado

comunitário da União Europeia. Por ora, as suas decisões ainda são aptas a obrigar o Reino Unido naquilo que diz respeito às normas do Direito comunitário europeu apenas.

¹⁴⁰ Op. cit., p. 53-89.

¹⁴¹ SHANNON, Bradley Scott. Overruled by implication, **Seattle Law Review**, v. 33, 2009, p. 151-189. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1518549>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹⁴² SOUZA, Léa Émile M. Jorge de. Noções gerais sobre o funcionamento do sistema de precedentes vinculantes no *common law*, **Publicações da Escola da AGU**, 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course, ano 3, n. 12, set/out 2011, p. 213-240.

pelo mesmo órgão jurisdicional que proferiu a decisão inicial, o que não é comum). No vocabulário de inglês britânico, a expressão *allow the appeal* é equivalente à técnica de *reversal*.¹⁴³ Na prática, a *ratio* do precedente sequer se aperfeiçoou, mas, como existem entendimentos divergentes acerca da natureza da decisão judicial no *common law* que são bastante longevas, é possível que um magistrado, adepto de uma teoria declaratória do Direito, por exemplo, já se sinta vinculado por uma decisão desde o momento em que ela ganhou sua primeira expressão, antes, portanto, da decisão “fazer coisa julgada”. Por essa razão, sua inclusão neste capítulo fez-se necessária.

Conforme observa Marinoni¹⁴⁴, o significado da decisão judicial no *common law* é o *locus* de um debate sobre a própria concepção de Direito. Essa grande problemática consiste (ela não foi satisfatoriamente sanada até os dias de hoje), em saber se o pronunciamento judicial “cria” o Direito, por assim dizer, ou se ela simplesmente o “declara”. Aos poucos, ela foi se incorporando a outros embates, em especial ao embate entre jusnaturalistas e juspositivistas. O patrono do Direito natural inglês, William Blackstone, por exemplo, supunha que o juiz apenas declarava o Direito, algo que já existia nas experiências, práticas e saberes dos gentios, mas que precisava ser desvelado por alguém que estivesse habilitado para tal.¹⁴⁵ Os patronos do positivismo jurídico britânico, por sua vez, Bentham e Austin, tinham uma visão diametralmente oposta à de Blackstone: o direito, para eles, era aquilo que os juízes, dotados de uma assim chamada *law-making authority*, criavam.

Em alguma medida, dirá o adágio, hoje, somos todos positivistas. A tal ponto, inclusive, que é possível subscrever a uma teoria declaratória da decisão judicial e, mesmo assim, ser positivista – basta presumir que todo o Direito já está posto, de algum modo, precisando apenas ganhar uma formulação apropriada para a situação específica que o confronta. O julgador que subscreve a essa posição, ao se deparar com uma decisão de primeira instância de outro juízo que, em seu entendimento, deu formulação apropriada ao Direito posto para a situação particular que apreciou, pode tomar a sua *ratio* como um precedente vinculante, a despeito de seus fundamentos ainda não terem sido validados por um órgão jurisdicional de segunda instância. Por sua vez, o magistrado que acredita que o Direito é uma criação

¹⁴³ GARNER, op. cit., 1433.

¹⁴⁴ Op. cit., p. 12-17.

¹⁴⁵ Daí, inclusive, a importância do procedimento no direito inglês: se substantivamente ele já existe, basta um bom procedimento para que se chegue até ele.

jurisprudencial prefere aguardar o “aperfeiçoamento” dessa criação, isto é, prefere aguardar que a sua *ratio* passe a consistir em coisa julgada.

É nesse contexto que o *reversing* ganha importância. Não se espera que todos os agentes com poder jurisdicional do *common law* cheguem a um acordo acerca da natureza constitutiva ou declaratória da decisão judicial, mas, o Direito, de qualquer maneira, precisa continuar fornecendo respostas para as questões que lhe são apresentadas. Nesses casos, ainda que um juiz tome a *ratio* de uma decisão de primeira instância como vinculante, na hipótese de ela ser reformada por um órgão jurisdicional de segunda instância, funcionalmente ele estará obrigado a rever seu posicionamento e se considerar vinculado pela decisão reformada, ainda que acredite, intimamente, que a corte que a enunciou incorreu em erro. O juiz adepto da teoria constitutiva, por outro lado, só se sentirá particularmente obrigado a partir do aperfeiçoamento da *ratio*, por meio de sua confirmação em órgão de instância superior, já que, em essência, para ele, o Direito é aquilo que os juízes dizem que o Direito é.¹⁴⁶

O *reversing* não necessariamente afasta todo o conteúdo da decisão. Em alguns casos, por exemplo, é possível que a reforma se limite a alguns aspectos fáticos. Nessas situações, a *ratio* da decisão de primeiro grau permanece válida, mas a sua delimitação fática fica mais restrita, ou seja, o conteúdo vinculante do que foi decidido perde um pouco de sua generalidade. Assim, reforma-se a decisão apenas para dizer que a fundamentação, se aplicada apenas para casos com tais particularidades, está correta. A tensão entre generalidade e particularidade da norma jurídica contida na decisão judicial é um dos traços mais dinâmicos do *common law* e é por meio dessa tensão que o direito, aos trancos e barrancos, às vezes, elabora seus métodos e suas respostas. Ela também é reveladora da complementaridade entre dedução e indução que permeia todo o raciocínio jurídico. Ver tal tensão e tal complementaridade em ação é uma das formas mais reveladoras de compreender o fenômeno jurídico. No estudo de caso apresentado no capítulo seguinte, procuraremos explorar essa possibilidade, com o fito de destacar alguns aspectos da racionalidade jurídica de *common law* que permitem situá-la em um contexto de valorização de posturas mais abertamente consequencialistas no Direito

¹⁴⁶ E aqui, curiosamente, o debate se incorpora a um outro debate mais amplo e mais recente, dessa vez, entre realistas (*law is what judges say it is*) e antirrealistas, em sentido lato.

que o reconduza ao *status* de um saber prático. Antes, porém, destinaremos algumas palavras para alguns dispositivos específicos do novo Código de Processo Civil que, indiretamente, estão relacionados à mecânica aqui tratada.

2.3 ALGUNS ESCLARECIMENTOS SOBRE AS INOVAÇÕES LEVADAS A EFEITO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Antes de encerrar este capítulo, faço aqui algumas considerações sobre o novo CPC. Para os fins do nosso estudo, os dispositivos legais mais relevantes constam do Livro III da Parte Especial, que trata dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais. Os dispositivos daquela seção são o principal estímulo para que os órgãos jurisdicionais uniformizem a sua jurisprudência e alguns precedentes ganhem força vinculante na direção vertical. O *caput* do artigo 926 do novo Código estabelece que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e, além disso, mantê-la estável, íntegra e coerente. Entendemos que o comando de uniformização tem como destinatário os tribunais em seu âmbito interno, no que diz respeito aos seus órgãos fracionários, especial e plenário – de modo que não haja divergência, por exemplo, entre duas turmas do mesmo tribunal – e no que diz respeito a outro tribunal com competência comum – de modo que não haja divergência, por exemplo, entre o STJ e STF, o que não é incomum.

A estabilidade da jurisprudência faz referência à sua durabilidade temporal: deve-se privilegiar uma postura que não resulte na superação recorrente de entendimentos recém-estabelecidos. A integridade, por sua vez, deve ser entendida no sentido de completude: a jurisprudência firmada deve levar em consideração todos os aspectos da demanda, de maneira a decompor a situação fática apresentada pelas partes em uma formulação que seja apta, por si só, a comunicar aos usuários do precedente em que situações ele deve ser aplicado e a que situações ele não se aplica. Por último, a coerência da jurisprudência diz respeito à possibilidade de integração dos precedentes firmados no âmbito de uma Corte: por exemplo, um precedente favorável à liberdade de expressão em um ato pela liberação da maconha não pode conviver com um precedente desfavorável à liberdade de expressão em um ato pela descriminalização do aborto, salvo se houver situações fáticas radicalmente distintas que o justifique.

O legislador privilegiou a edição de súmulas como o principal mecanismo de uniformização de jurisprudência no âmbito dos tribunais. É essa a orientação contida no §1º do art. 926 do novo Código. Por outro lado, ele passa a exigir do órgão que edita a súmula uma maior atenção às peculiaridades do caso fático que ensejou a sua aprovação, em linha com o que costuma acontecer nos sistemas de *common law*, como veremos adiante. Aqui, retornamos ao problema da integridade da jurisprudência: a formação do precedente deve se revestir de alguns cuidados que possam, em alguma medida, assegurar que a sua invocação futura se dará em circunstâncias assemelhadas às do caso que motivou a produção de um entendimento sumulado.¹⁴⁷

O artigo 927, por sua vez, constitui um rol de hipóteses nas quais os juízes e tribunais deverão dar observância à jurisprudência (isto é, hipóteses em que o precedente tem força vinculante). As duas primeiras hipóteses, previstas nos incisos I e II, já tinham força vinculante anteriormente à vigência do novo CPC, de modo que, em relação a elas, nada parece ter mudado. Para dar aparência de completude, o legislador deve ter optado por incluí-las em seu rol: decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e enunciados de súmula vinculante. A Constituição de 1988 já assegura a força vinculante dos precedentes firmados por essas duas formas de manifestação do Plenário do Supremo. Há dois novos incidentes processuais, de competência originária de tribunais, que também fazem precedente: os incidentes de assunção de competência e os incidentes de resolução de demandas repetitivas em julgamento de recursos extraordinários (competência do STF, sendo preciso demonstrar a repercussão geral do caso) ou recursos especiais repetitivos (competência do STJ). Essa é a terceira hipótese arrolada pelo art. 927. Na sequência, têm-se os enunciados de súmulas comuns, do STF, em matéria constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional. Por fim, a hipótese mais genérica, faz menção à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais juiz ou tribunal estiverem vinculados.

Segundo Daniel Mitidiero¹⁴⁸, o novo Código transforma o funcionamento dos tribunais superiores (STF e STJ), que agora passam a atuar como tribunais de

¹⁴⁷ Art. 926. §2º. Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação.

¹⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

vértice. A garantia de que tais orientações deverão, na prática, ser seguidas pelos órgãos de jurisdição de hierarquia inferior é a ampliação das possibilidades de propositura da ação de Reclamação (que o novo Código regulamenta em seu artigo 988). Por outro lado, o legislador, acertadamente, não permite que a mera invocação do precedente seja bastante para a fundamentação da sua decisão judicial: ainda que a aplicação do precedente seja cristalina, as partes deverão se manifestar (esse é o momento em que a parte pode demonstrar que a técnica de *distinguishing*, por exemplo, deve ser adotada) e o julgador deverá explicar por que, no caso presente, é cabível a aplicação do precedente.

Em mais um flerte com a mecânica de precedente adotada no âmbito dos sistemas jurídicos de *common law*, temos as disposições dos §§2º, 3º, 4º e 5º do art. 927.¹⁴⁹ No primeiro caso, diz-se, de outro modo, que a superação do precedente (por meio, por exemplo, da técnica de *overruling*), pode ensejar a realização de audiências públicas com participação de pessoas que possam auxiliar a rediscussão da *ratio* a ser superada. No segundo caso, em uma demonstração de atenção aos aspectos utilitários do Direito, o legislador reconhece a possibilidade de modulação dos efeitos da superação do precedente, algo que já vinha ocorrendo, em razão de construção jurisprudencial do STF, em ações de controle de constitucionalidade, seja ele concentrado ou difuso. No terceiro caso, exige-se que a superação do precedente deverá ser fundamentada, com explicações específicas sobre as razões que levaram à criação de novo entendimento. Por fim, há um último parágrafo, que prestigia a publicidade dos precedentes, de maneira organizada e, de preferência, em serviços de busca de jurisprudência *online*. Espera-se que esse comando se traduza em uma maior familiaridade do jurista com as possibilidades de utilização de bancos de dados a fim de que se possam identificar, por exemplo, quais as

¹⁴⁹ Art. 927. (...).

§2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

discussões jurídicas repetitivas onde não há uniformização de jurisprudência ou com que frequência um precedente é respeitado ou não.

Na opinião de Elaine Harzheim Macedo e de Fernanda dos Santos Macedo¹⁵⁰, é patente que as regras sobre uniformização de jurisprudência do novo CPC comprometem-se com um novo paradigma de funcionamento do Poder Judiciário no Brasil, em especial no que diz respeito à presença constante e interminável das demandas repetitivas. O processo subjetivo individual, nesse contexto, deixou de dar conta das funções mais básicas inerentes a um sistema jurídico. É nesse sentido que parece haver boa vontade de parte de uma parcela importante da classe jurídica em relação ao novo diploma. Essa boa vontade parece ser mais significativa dos que as queixas iniciais concernentes à contaminação do sistema jurídico brasileiro, com raízes em uma tradição legalista, por soluções que, durante muito tempo, foram reputadas, entre nós, como pré-modernas e confusas.

¹⁵⁰ MACEDO, Elaine H.; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade, **Revista de Processo**, v. 204, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 351-367.

3 CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA: UM ESTUDO DO CASO *MASTERPIECE CAKESHOP V. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION*

“All right. Now, the reason we’re asking these questions is because obviously we want some kind of distinction that will not undermine every civil rights law from the – from – from the year to – including the African Americans, the Hispanic Americans, including everybody who has been discriminated against in very basic things of life, food, design of furniture, homes, and buildings. Now, that is, I think, the point of the question, and I’ve tried to narrow it and specify it to get your answer.”
(Stephen Breyer, *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, *trecho de audiência*)

O objetivo deste sucinto estudo de caso é sintetizar as reflexões feitas até agora, de maneira a permitir que a transição para o capítulo seguinte, cujo escopo está mais voltado a uma análise da racionalidade jurídica de sistemas jurídicos mais tipicamente ancorados no *civil law*, conserve os contornos contrastantes entre as tradições para os quais queremos de fato chamar a atenção. A escolha do tema casamento entre pessoas do mesmo sexo foi motivada mais pelos possíveis desdobramentos do caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, ainda sob exame pela Suprema Corte norte-americana, do que pelos aspectos de direito subjetivo nele presentes, ainda que, da perspectiva de um estudioso de Direito comparado, por exemplo, estes tampouco sejam negligenciáveis.

Contextualmente, a compreensão do caso em estudo exige alguma familiaridade com o conteúdo da decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Obergefell v. Hodges* (2015), cuja *ratio* determina que o casamento é um direito fundamental e, desse modo, tendo em vista as cláusulas de devido processo e de igual proteção contidas na 14^a emenda à Constituição estadunidense, deve ser estendido a pessoas do mesmo sexo que desejem se casar entre si em todos os cinquenta estados federados. A decisão da Suprema corte norte-americana derrubou uma decisão de 1971 da Suprema Corte do estado de Minnesota¹⁵¹ cuja

¹⁵¹*Richard John Baker v. Gerald R. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971). Disponível em: <
https://scholar.google.com/scholar_case?case=14283825888588258352&hl=en&as_sdt=6&as_vis=1&oi=scholar>. Acesso em: 20 jan. 2017.

ratio declarava que uma lei estadual limitando o casamento a pessoas de sexos diferentes não violava a Constituição do país.

Em *Obergefell v. Hodges* (2015)¹⁵², a opinião majoritária foi de autoria do *Justice* Anthony Kennedy. Seu voto foi seguido por mais quatro *Justices*, a saber: Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor e Elena Kagan. Anthony Kennedy chegou à Suprema Corte durante o mandato do republicano Ronald Reagan. Os seus quatro seguidores foram nomeados durante o mandato de presidentes do Partido Democrata: Ginsburg e Breyer foram indicados por Bill Clinton; Sotomayor e Kagan foram indicadas por Barack Obama. Os outros quatro *Justices* apresentaram votos contrários à opinião majoritária: *Chief Justice* John Roberts (o presidente da Corte), Antonin Scalia (falecido em 2016), Clarence Thomas e Samuel Alito. Todos eles foram indicados por presidentes do Partido Republicano: *Chief* Roberts e Alito por George W. Bush, Clarence Thomas por George H. W. Bush e Scalia por Ronald Reagan. Apenas Scalia não compõe mais a Corte em sua formação presente. Ele foi substituído por Neil Gorsuch, nomeado em 2017 por Donald Trump.

Anthony Kennedy é considerado, na formação atual, o assim chamado voto pêndulo: em boa parte dos casos difíceis, para saber o resultado do julgamento basta saber o seu posicionamento. Ginsburg, Breyer, Somayor e Kagan são considerados liberais e tendem a adotar posições mais progressistas no que diz respeito à interpretação constitucional. Alito e Thomas, em especial, são considerados conservadores e costumam adotar posturas originalistas. John Roberts, embora conservador, tende a adotar posicionamentos mais moderados em alguns casos. Gorsuch, o único membro da Corte que não atuou no julgamento de *Obergefell v. Hodges* (2015), também se considera um originalista, mas seu curto histórico enquanto *Justice* ainda não permite situá-lo no mesmo grupo que Alito e Thomas. Feitas essas considerações sobre um julgamento precedente que está diretamente relacionado ao julgamento de *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, passaremos ao estudo de caso propriamente dito.

¹⁵² *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015). Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

3.1 MASTERPIECE CAKESHOP V. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION: NOTAS INTRODUTÓRIAS^{153 154}

Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission é o nome de um caso judicial ainda sob apreciação da Suprema Corte dos Estados Unidos quando da conclusão deste estudo. A Corte anunciou em junho de 2017 que iria conhecer o caso no ano judicial que se iniciaria em outubro. A audiência para questionamento e sustentação oral dos advogados das partes ocorreu no dia 05 de dezembro de 2017. Uma decisão sobre o caso deve ser proferida até o final do ano judicial corrente, que se encerra em junho de 2018. *Masterpiece Cakeshop, Ltd.*, a autora da demanda, é uma loja de produtos de confeitaria na cidade de Lakewood, no estado do Colorado. O proprietário da sociedade empresarial é Jack Phillips, que é cristão observante e também consta como autor da demanda. Os demandados são a Comissão de Direitos Civis do Estado do Colorado e dois cônjuges de mesmo sexo chamados Charlie Craig e David Mullins.

No dia da audiência para questionamentos e sustentações orais, a composição da corte incluía seu presidente, Chief Justice John Roberts (indicado em 2005), e outros oito magistrados, quais sejam, por ordem de senioridade e com indicação do ano em que foram nomeados: Anthony Kennedy (1988), Clarence Thomas (1991), Ruth Bader Ginsburg (1993), Stephen Breyer (1994), Samuel Alito (2006), Sonia Sotomayor (2009), Elena Kagan (2010) e Neil Gorsuch (2017). Falaram em defesa da parte autora a advogada Kristen Kellie Waggoner, que atua em nome de uma organização sem fins lucrativos de orientação conservadora chamada *Alliance Defending Freedom* (em tradução literal, “Aliança em defesa da liberdade”), e o equivalente ao Advogado-Geral da União na estrutura governamental norte-americana, o *Solicitor General of the United States*, General

¹⁵³ Para a estruturação deste estudo de caso, utilizamos o método de *case noting*, muito comum na análise jurídica em língua inglesa. O método se presta à análise de casos já julgados. Na medida do possível, fizemos as adaptações cabíveis, na medida que o caso que é nosso objeto ainda não foi julgado. Para maiores detalhes sobre o método, consultar GEAREY; MORRISON, op. cit., p. 80-82.

¹⁵⁴ Para esta subseção, todas as informações foram extraídas de: SCOTUS. *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, **SCOTUSblog** – Supreme Court of the United States Blog, 2018. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/case-files/cases/masterpiece-cakeshop-ltd-v-colorado-civil-rights-commn/>>. Acesso em: 20 jan. 2018. Outras fontes de informação para consulta na Internet são (a título de sugestão): The Oyez Project, Supreme Court Center at FindLaw.com e o The New York Times’ Supreme Court Page.

Noel Francisco, que seguiu a orientação do Executivo federal.¹⁵⁵ Em defesa das partes demandadas, falaram o equivalente ao Procurador-Geral de uma unidade da federação brasileira, o *Solicitor General* do Colorado, General Frederick Yarger, e David D. Cole, representando os cônjuges em nome da *American Civil Liberties Union* (União Americana pelas Liberdades Civas, em tradução literal), uma organização sem fins lucrativos nominalmente apartidária, mas que, em geral, apoia causas liberais.

Os fatos que levaram à proposição da demanda remontam a julho de 2012, isto é, a um período anterior à decisão da Suprema Corte no caso *Obergefell v. Hodges* (2015). Naquele mês, o casal Charlie Craig e David Mullins estava planejando contrair núpcias no estado de Massachussets, onde o casamento entre pessoas do mesmo sexo já era juridicamente possível, e retornar para o Colorado, onde os dois viviam, para uma cerimônia com amigos e familiares. Em 2012, o estado do Colorado não permitia o casamento de pessoas do mesmo sexo nem reconhecia os casamentos entre pessoas do mesmo sexo celebrados em outros estados norte-americanos. A legislação estadual mudou em 2014, antes, portanto, do julgamento da Suprema Corte em *Obergefell*, mas depois do imbróglio envolvendo o casal e a confeitaria.

Antes da cerimônia de celebração que ocorreria no Colorado, Craig e Mullins foram até a Masterpiece Cakeshop a fim de encomendar um bolo personalizado. O dono da confeitaria, no entanto, se recusou a aceitar a encomenda, sob a alegação de que a fabricação de bolos customizados para casais homoafetivos violaria suas crenças religiosas. Na ocasião, Craig e Mullins teriam sido informados de que outros bolos já prontos poderiam ser adquiridos pelo casal e utilizados na cerimônia. Em virtude da recusa do dono da confeitaria, os dois ingressaram com uma queixa junto à Comissão de Direitos Civas do Colorado sob o argumento de que a recusa estaria em desacordo com a legislação sobre discriminação em empreendimentos abertos ao público. A legislação do Colorado inclui a orientação sexual como uma das situações em que se veda a recusa de comercialização de um bem ou serviço oferecido publicamente, o que não se repete em todos os estados americanos.

¹⁵⁵ Note-se que, neste caso, não havia norma jurídica federal sendo desafiada, o que dispensaria a atuação do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, o qual, para esses fins, tem função assemelhada à da Advocacia-Geral da União no Brasil. Como o caso tem um apelo político significativo, porém, o Poder Executivo federal achou por bem atuar na condição de *amicus curiae*.

Após a tramitação da reclamação na Comissão de Direitos Civis do estado, com decisão favorável para os cônjuges, o casal decidiu propor ação judicial em face da confeitaria na justiça estadual do Colorado. Em primeira instância, o caso, *Craig v. Masterpiece Cakeshop* foi decidido em favor dos autores. A confeitaria foi condenada a fornecer bolos para casais homoafetivos, mudar sua política corporativa, passando a oferecer treinamento para seus funcionários sobre a legislação anti-discriminação vigente no estado, e enviar relatórios periodicamente durante dois anos sobre as práticas adotadas nesse sentido e sobre o atendimento ou recusa de clientes que buscavam encomendar bolos para casamentos entre pessoas do mesmo sexo. O réu levou o caso à segunda instância, que manteve a decisão de primeiro grau. Em vez de cumprir com o que havia sido determinado na sentença, porém, Jack Phillips decidiu parar de comercializar bolos de casamento de qualquer natureza.

A Corte de Apelação do estado do Colorado reconheceu o valor artístico da fabricação dos bolos comercializados por Phillips, mas sustentou que “fabricar bolos” é inerente ao seu negócio de confeitoiro e não uma instância de sua liberdade de expressão ou religiosa. Ela precisou lançar mão da técnica de *distinguishing* para afastar o precedente firmado em um outro caso, no qual um grupo de confeitarias se recusou a fabricar um bolo que continha a mensagem “*Homosexuality is a detestable sin. Leviticus 18:22.*”.¹⁵⁶ Nesse caso, a Corte entendeu que não houve discriminação por parte das confeitarias com base na condição religiosa dos clientes, os quais, de acordo com suas alegações, teriam sido discriminados por serem cristãos, uma hipótese também abarcada pela legislação estadual. Na opinião da Corte de Apelação do Colorado, a recusa das confeitarias se configurou em razão do conteúdo ofensivo da mensagem a ser transcrita no bolo e não em virtude da filiação religiosa dos demandantes, tornando-a, assim, justificável. Por fim, o réu decidiu levar o caso à Suprema Corte do Estado do Colorado, que, assim como a Suprema Corte dos Estados Unidos, não está presa ao princípio da inafastabilidade

¹⁵⁶ Temos aqui referência a um versículo do livro bíblico Levítico (versículo 22 do capítulo 18 do livro) comumente invocado por grupos religiosos que alegam que o cristianismo é incompatível com a homossexualidade. A mensagem a ser escrita no bolo não é, porém, o que diz textualmente o versículo aludido. Na versão portuguesa do texto bíblico, lê-se algo como: “Com homem não te deitarás, como se mulher fosse; abominação é”. Na versão inglesa do texto bíblico, lê-se algo como: “Do not have sexual relations with a man as one does with a woman; that is detestable.”.

do Poder Judiciário e pode, nessas circunstâncias, recusar-se a conhecer o caso, que foi o que ocorreu.

Após a recusa da Suprema Corte do estado do Colorado em apreciar o caso, a confeitaria, agora na condição de autora, apresentou carta requisitória (*writ of certiorari*) à Suprema Corte dos Estados Unidos para que a mesma reformasse a decisão judicial que a condenava. A carta requisitória apresentava como questão de direito a ser decidida pela Corte a seguinte indagação: a aplicação da lei anti-discriminação para negócios abertos ao público do Colorado com o fito de obrigar o dono da confeitaria a criar uma forma de expressão que viola as suas crenças religiosas convictamente mantidas sobre casamento viola as cláusulas sobre liberdade de expressão ou liberdade religiosa contidas na Primeira Emenda à Constituição norte-americana?

3.2 A AUDIÊNCIA PARA QUESTIONAMENTOS E SUSTENTAÇÕES ORAIS COMO ETAPA PARA EXPLORAÇÃO DE DESDOBRAMENTOS HIPOTÉTICOS DA *RATIO* A SER ADOTADA¹⁵⁷

O momento processual a que nos referimos nesta subseção é chamado, no vocabulário jurídico norte-americano, de *oral argument*. Nessa ocasião, os advogados das partes, ordenados da maneira tradicional (primeiro os advogados da parte autora e depois os advogados da parte ré) sustentam suas teses jurídicas, invocando os precedentes a serem seguidos e os precedentes a serem afastados, e respondem aos quesitos elaborados pelos julgadores, que estão livres para interromper tanto os causídicos quanto uns aos outros quando acharem necessário. Afora esses detalhes e as limitações de tempo, a forma desse momento processual é livre e, em alguns momentos, ela se assemelha a uma sessão de *brainstorming*, em razão do número considerável de hipóteses aventadas pelos membros da Corte para o caso de seguirem uma tese jurídica ou outra. Nesse sentido, as teses são testadas até as suas últimas consequências: ventila-se até mesmo o absurdo para

¹⁵⁷ Para esta subseção, foi utilizada como fonte primária a transcrição do *oral argument* ocorrido em 05 de dezembro de 2017. A referência é: SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et. al., Petitioners v. Colorado Civil Rights Commission, et. al., Respondents* – Oral Arguments Transcripts, n. 16-111, Washington, D.C., 05 dez. 2017. Texto sujeito a revisão final. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2017/16-111_f314.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

saber se, na prática, elas seriam aptas a estarem dotadas de eficácia e a atuarem como precedente. Esse é um processo de natureza tipicamente indutiva, como veremos: situações particulares conduzem a uma formulação mais geral do que é possível conceber como a norma jurídica para aquele caso concreto. É uma técnica, portanto, particularmente atenta às consequências e aos desdobramentos práticos da decisão a ser adotada e que costuma não partir de certezas jurídicas axiomáticas especialmente determinísticas em relação aos argumentos apresentados.

3.2.1 As teses da parte autora em teste

A primeira advogada a se pronunciar foi Kristen Kellie Waggoner, representando a confeitaria, em nome da organização conservadora *Alliance Defending Freedom*. A sua tese jurídica consiste em afirmar que a Primeira Emenda à Constituição norte-americana proíbe o Estado de compelir pessoas a veicularem mensagens que violem as suas convicções religiosas e que a decisão da Comissão de Direitos Civis do Colorado faz precisamente isso. A vedação a que se refere Waggoner recebe o nome de *doctrine of compelled speech* (doutrina do discurso compelido). Os magistrados então formulam as seguintes hipóteses:

- a) Ginsburg questiona o que aconteceria se o casal estivesse comprando um bolo que já estivesse pronto, exposto e à venda, ao que Waggoner responde que, nesse caso, não houve discurso forçado, já que a instância discursiva se completou quando do término da fabricação do bolo.
- b) Kennedy questiona se no caso de bolos não-personalizados existe discurso, ao que Waggoner responde que sim. Kennedy, então, infere que, se houve discurso, então o confeiteiro também poderia se recusar a vendê-lo. Waggoner sustenta que não, pois, nesse caso, o discurso não foi compelido – ele se completou quando do término da fabricação do bolo.
- c) Ginsburg questiona o que aconteceria se as autoridades do Colorado solicitassem apenas que o confeiteiro fizesse o bolo, sem precisar comunicar nenhuma mensagem específica. Waggoner argumenta que, segundo precedentes da própria Suprema Corte, a expressão artística prescinde de palavras para ser considerada discurso.
- d) Kennedy, então, questiona o que aconteceria se o casal decidisse comprar um bolo já pronto que contivesse uma mensagem bíblica. Waggoner afirma que,

nesse caso, o confeitiro tampouco poderia se recusar a vender o produto, pois não houve discurso forçado, uma vez que a instância discursiva já estava completa naquele instante.

- e) Roberts sustenta que, nesse caso, um confeitiro poderia falar em compulsão para associar a mensagem bíblica do bolo já fabricado à cerimônia de casamento homoafetivo e recusar a venda mesmo assim.
- f) Ginsburg pergunta a Waggoner quem enuncia discursos em um casamento. Ela entende que o discurso é dos noivos e do oficiante, sobretudo. Waggoner afirma que o discurso também é do artista, isto é, do confeitiro. Ginsburg, então, indaga quem mais pode ser considerado um artista nesse contexto. Waggoner tenta argumentar que isso não parece ser importante, desde que a objeção do emissor seja à mensagem e não à pessoa a quem ela está negando o serviço. Kagan, então, pergunta se o joalheiro estaria protegido pela doutrina de *compelled speech* nessas circunstâncias. Waggoner afirma que, como sói acontecer em casos sobre liberdade de expressão, isso irá depender do contexto. Kagan lança mão de outros exemplos: o cabeleireiro, o maquiador¹⁵⁸ e o chefe de cozinha. Waggoner defende que, em nenhuma dessas hipóteses, haverá proteção sobre a doutrina de *compelled speech*. Kagan, então, traça um paralelo entre o chefe de cozinha e o confeitiro e procura entender qual é a diferença entre os dois. Waggoner sustenta que o critério para teste, convalidado pela própria jurisprudência norte-americana, é saber se o alegado discurso comunica alguma coisa e se o que se comunica se veicula por meios similares ao meio utilizado por outras formas de discurso já protegidas pela Corte.
- g) Sotomayor indaga, então, de que maneira a fabricação de um bolo se consubstancia em discurso, uma vez que a sua finalidade é ser comido. Ela argumenta, inclusive, que beleza não é uma forma expressiva de discurso (ou seja, por si só, a beleza de um bolo ou do que quer que seja não comunica nada).
- h) Alito traz uma outra forma de expressão à tona: o design arquitetônico. Waggoner o surpreende ao dizer que, nesse caso, não haveria proteção sob a doutrina do *compelled speech*, uma vez que obras arquitetônicas têm caráter funcional, e não comunicativo. Breyer, então, tenta entender por que

¹⁵⁸ Que na tradução literal para o inglês é um artista: *make-up artist*.

Michelangelo não estaria protegido pela referida doutrina, mas o confeitiro Jack Phillips estaria. Waggoner insinua que Michelangelo não estaria protegido pela doutrina porque ele não tinha nenhuma objeção à mensagem que ele estava transmitindo, o que dispensaria a necessidade de proteção.

- i) Sotomayor questiona o que aconteceria se o confeitiro se recusasse a vender o bolo por conta da origem racial dos clientes. Waggoner responde que isso seria uma objeção à pessoa e não à mensagem e, dessa forma, não faria jus à proteção pela doutrina do *compelled speech*. Kagan então pergunta o que aconteceria se a objeção decorresse do fato de o casamento ser entre duas pessoas de religiões diferentes. Waggoner afirma que, nessa situação, o cristão devoto pode se recusar a vender o bolo porque sua objeção seria à mensagem. Sotomayor levanta a hipótese de pessoas com deficiência: e se houvesse uma religião que não aceita pessoas com deficiência sob a alegação de que Deus faz criaturas perfeitas? Waggoner sustenta que essa objeção seria à pessoa e não à mensagem. Gorsuch, então, encerra a participação de Waggoner, inquirindo se, na verdade, no caso de casais homoafetivos, a objeção do confeitiro não seria apenas superficialmente à mensagem, mas sim ao próprio casal.

A segunda sustentação ficou por conta do *Solicitor General of the United States*, o General Noel J. Francisco, que atuou como *amicus curiae*, uma vez que não havia legislação federal sendo desafiada no julgamento em questão. Francisco oferece uma tese semelhante à de Waggoner. Eis um resumo do que foi discutido:

- a) Ginsburg indaga onde a linha deve ser traçada para separar o que é discurso protegido pela Primeira Emenda do que não é. Francisco sugere que questões relacionadas à Primeira Emenda são contextuais e dependem de cada caso, mas que, para os demandados (a Comissão e o casal gay), isso sequer tem importância e, a julgar pela tese apresentada por eles, um escultor negro poderia ser obrigado a produzir uma cruz para ser utilizada por membros da Ku Klux Klan.
- b) Kennedy questiona o que aconteceria então se os autores de várias outras formas de expressão se recusassem a oferecer os seus serviços a casais gays e se isso não poderia resultar em um boicote a casamentos de pessoas do mesmo sexo. Francisco sustenta que a categoria de profissionais a ser protegida pela Primeira Emenda é menor do que se supõe. Kennedy inquire, então, se, caso

reformada a decisão da qual recorre a confeitaria, as outras confeitarias poderiam colocar placas em suas vitrines dizendo que não vendem bolos para casamentos de pessoas do mesmo sexo. Francisco argumenta que isso só seria possível para o caso de bolos customizados. Kennedy indaga se uma placa do tipo não consistiria em uma afronta à comunidade gay. Francisco sugere que talvez, mas que também se afrontam outros grupos quando se obriga o confeiteiro a fabricar o bolo contra a sua vontade. Sotomayor complementa a hipótese de boicote aventada por Kennedy ao sugerir que, em algumas cidades pequenas, religiosamente homogêneas, com apenas um ou dois confeitores, fotógrafos, entre outros profissionais, seria, de fato, possível boicotar casamentos gays. Ela prossegue para argumentar que não é possível legislar sobre civilidade ou falta de modos, mas que é possível legislar sobre comportamentos.

- c) Ginsburg retorna às hipóteses de discriminação em razão de gênero, de origem nacional e de religião. Kagan, então, complementa, dizendo que o que deve ser respondido é ainda mais do que isso: uma preocupação é com relação a quem está protegido sob a Primeira Emenda (o confeiteiro, o florista, o fotógrafo, o alfaiate, etc.); uma segunda preocupação diz respeito às outras formas de discriminação, ou seja, por que apenas a orientação sexual é explorada nas sustentações (isto é, e se fosse uma questão de raça, de gênero ou de casamento inter-religioso?); a terceira preocupação diz respeito a outras cerimônias (e se fosse um funeral, um Bar Mitzvah, uma primeira comunhão, um aniversário de casamento ou o aniversário de uma pessoa?). Ela sustenta, assim, que há três variáveis muito importantes que sugerem que a solução para o caso não é tão simples quanto os demandantes parecem sugerir. Kagan gostaria de saber, por exemplo, o que aconteceria se um casal gay fosse comemorar o aniversário de um ano de sua união em um restaurante e o chef se recusasse a servi-los. Francisco afirma que, nesse caso, a recusa não seria legítima, por não se tratar de um discurso protegido. Kagan, então, quer saber como justificar que um produto de confeitaria seja considerado discurso protegido mas os pratos preparados por um chef de cozinha não o sejam. Alito introduz a possibilidade de alguém chegar a um restaurante estrelado e solicitar que o chefe produza uma receita que ele tem em mãos. Francisco concorda que o chefe provavelmente se recusaria a preparar a receita. Implicitamente, então, ele

parece conceder que, nesse contexto, a sua produção gastronômica também poderia ser considerada um discurso protegido.

- d) Gorsuch incita Francisco a oferecer uma resposta mais generalizante para a questão sobre onde traçar a linha que separa discurso protegido da expressão não-protetida. Kagan fornece o exemplo de um confeitador ateu que se recusa a fazer bolos para primeira comunhão. Francisco responde que a recusa estaria justificada, conforme a tese jurídica por ele sustentada. Kennedy, então, pergunta o que aconteceria se, depois de dado ganho de causa à confeitaria no julgamento, as pessoas comessem a escrever cartas para as outras confeitarias solicitando que elas não vendessem bolos para casamentos de pessoas do mesmo sexo. Francisco sustenta que, em casos bastante específicos, nos quais fica claro se tratar de discurso, a proteção outorgada pela Primeira Emenda deve prevalecer. Para apoiar sua tese, ele oferece o exemplo de um cantor de ópera gay que se recusa a cantar numa Igreja Batista: obrigá-lo a cantar seria uma violação de sua consciência.¹⁵⁹
- e) Gorsuch volta a solicitar que Francisco dê uma resposta ao problema da fronteira entre discurso protegido e não-protetido. Francisco faz menção a uma decisão do Segundo Circuito que sugere que o problema está nas formas de expressão que são em parte artísticas e em parte utilitárias. Se se considera que a forma de expressão é predominantemente artística, ainda que utilitária, prevalece o raciocínio de que se trata de um discurso protegido. Um critério para apreciação do valor artístico da forma de expressão seria o preço: sendo uma forma predominantemente utilitária, o seu preço seria relativamente mais baixo. Bolos de casamento seriam um caso bastante típico de forma de expressão predominantemente artística, razão pela qual deve ser considerado discurso protegido: paga-se caro por eles, mas seu sabor, em geral, não é tão atrativo.

Em suma, aos advogados da parte autora, interessa aos juízes perguntar o que aconteceria se a tese jurídica por eles levantada saísse vencedora. No caso em análise, via raciocínios indutivos, chegou-se à conclusão de que, para que a vontade do confeitador prosperasse, a Corte deveria considerar que a sua forma de expressão (fabricação de bolos com elevado valor artístico) estaria protegida pelas

¹⁵⁹ Nos Estados Unidos, algumas congregações batistas são reputadas como abertamente homofóbicas.

cláusulas de liberdade de expressão e de liberdade religiosa contidas na Primeira Emenda da Constituição norte-americana. Além disso, porém, eles precisariam propor um critério que permitisse identificar em que situações um trabalho com valor artístico e valor utilitário, como é o bolo, pode ser considerado discurso protegido. Uma opção seria considerar o preço do produto: um bolo extremamente caro, como são os bolos de casamento customizados de Phillips, teria mais valor artístico do que valor utilitário.

Por outro lado, para conciliar a tese acima com as legislações anti-discriminação, seria preciso estabelecer um critério mais claro sobre em que situações a objeção do prestador de serviços é à pessoa que o contrata (caso em que se configuraria discriminação não albergada pelo *protected speech*) ou à mensagem que se espera que ele veicule (caso em que a proteção pela Primeira Emenda teria cabimento). Essas situações não foram bem exploradas pelos advogados e os magistrados pareceram deixar claro que sem um teste mais repercussivo para questões como essa, nada impediria que, na prática, lojistas e prestadores de serviço impusessem um boicote a casamentos entre pessoas de mesmo sexo, inviabilizando, dessa maneira, o exercício do direito reconhecido em *Obergefell v. Hodges* (2015). Um outro problema que a Corte antecipou em caso de ganho de causa para a parte autora concerne ao amplo leque de alegações que podem demandar proteção sob a cláusula de liberdade religiosa da Primeira Emenda: e se proliferarem religiões que consideram que a igualdade de gênero é incompatível com os ensinamentos bíblicos ou que o casamento entre pessoas de religiões diferentes é uma aberração ou que pessoas não-caucasianas são exemplares imperfeitos da criação divina?

3.2.2 As teses da parte ré em teste

Nas sustentações orais dos representantes da parte ré, o primeiro a ser ouvido foi o *Solicitor General* do estado do Colorado, General Frederick Yarger, que sustentou que a legislação de seu estado estende a proteção anti-discriminação em estabelecimentos abertos ao público a pessoas de todas as orientações sexuais. Eis uma síntese das hipóteses levantadas pelos membros da Corte:

- a) *Chief* Roberts questiona o que ocorreria se um serviço de assistência jurídica *pro bono* oferecido por uma entidade católica se recusasse a representar um casal

homoafetivo. Yarger argumenta que o critério para teste deve ser a natureza do negócio: quando ele é aberto ao público aos moldes de uma loja de varejo, por exemplo, então a lei anti-discriminação deve ser aplicada. Roberts sustenta que, em sua opinião, a entidade católica com serviços de assistência jurídica *pro bono* também seria objeto da lei estadual do Colorado, já que esta não fala em estabelecimentos com fins lucrativos apenas.

- b) Kennedy questiona Yarger sobre um trecho da documentação que integra os autos na qual um membro da Comissão de Direitos Civis do Colorado (*Commissioner Hess*) diz que “liberdade religiosa invocada para justificar discriminação é uma forma desprezível de retórica”. Kennedy quer saber se Yarger condena esse posicionamento expresso pelo comissário mencionado acima. Yarger alega que condena a frase em si, mas alega que ela foi enunciada em um contexto no qual se supunha que, caso essas formas de expressão fossem consideradas discurso protegido, na prática, quase qualquer prestador de serviços poderia recusar clientes com base em objeções de cunho religioso. Kennedy prossegue, então, e questiona se o julgamento da Comissão do Colorado prevaleceria se ficasse provado que ao menos um dos comissários baseou sua decisão em uma hostilidade generalizada à religiosidade. Yarger alega que isso seria um problema se restasse demonstrado que o julgamento foi motivado por um desígnio de discriminar pessoas religiosas. Gorsuch observa que não foi apenas Hess que fez comentários indicativos de uma posição menos tolerante a pessoas religiosas, havendo pelo menos um outro comissário que também o fez.
- c) Breyer defende que o cerne da questão é que as leis anti-discriminação são necessárias, mas que é preciso haver um espaço, ainda que restrito, de proteção para pessoas que alegam convicções sinceras para recusar alguns serviços. Ele, todavia, não consegue conceber uma maneira viável de fazê-lo.
- d) Alito indaga o porquê de a Comissão ter dado aval à recusa de três confeitarias que não quiseram fabricar um bolo com inscrições que fazem alusão a um trecho particularmente polêmico do Levítico. Yarger defende que a diferença reside no fato de os confeitários terem recusado a fabricação de um bolo que eles não venderiam para qualquer outro cliente (um bolo com uma interpretação de um versículo do Levítico transcrita). Para Yarger, eles sequer fabricariam tal bolo. No caso de Jack Phillips, porém, a recusa foi a de oferecer um produto que ele já

fabrica rotineiramente: bolos customizados para casamentos. Alito replica dizendo que Jack Phillips não venderia a qualquer outro cliente um bolo que veicula uma mensagem de apoio ao casamento homoafetivo. Yarger alega que esse argumento só faz sentido quando se considera que a identidade do cliente altera o conteúdo da mensagem, o que, novamente, configuraria um caso de discriminação, porque, na prática, a objeção seria à pessoa e não à mensagem.

- e) Sotomayor fornece um outro exemplo: o que aconteceria se o casal homoafetivo solicitasse um bolo com um arco-íris e o confeitiro dissesse que não produziria bolos com arco-íris, mesmo que eles fossem encomendados por casais heteroafetivos? Yarger responde que, sendo um bolo que ele não venderia a nenhum outro cliente, a recusa seria legítima, mas que a recusa em vender um bolo que seria vendido a outras pessoas simplesmente porque o contexto em que ele seria utilizado poderia significar uma espécie de aval a ideias com as quais o confeitiro discorda, por sua vez, seria ilegítima.
- f) Kennedy traz à tona o problema da tolerância e opina que, no caso em análise, o estado do Colorado não foi tolerante nem respeitoso em relação às crenças religiosas de Phillips. Ele observa que havia outras confeitarias na região que podiam atender ao pedido do casal. Yarger alega que a legislação do Colorado é resultado de anos de discussão, inclusive com grupos religiosos, e que, após inúmeros processos deliberativos, decidiu-se que a recusa, nos moldes oferecidos por Jack Phillips, não seria aceitável. Breyer, então, questiona se o estado do Colorado consideraria aceitável uma parceria entre confeitarias para que, em situações como essa, o confeitiro A pudesse direcionar a encomenda para o confeitiro B. Yarger sustenta que, apenas em uma situação concreta, em que ficasse demonstrado que não há uma categoria de clientes recebendo um serviço de menor qualidade em razão disso, tal acordo seria teoricamente possível.
- g) *Chief Roberts* questiona se o fato de o casamento entre pessoas do mesmo sexo não ser reconhecido pelo estado do Colorado à época da encomenda fez alguma diferença na avaliação da Comissão estadual. Ginsburg pergunta se, à época, o estado do Colorado seria obrigado a reconhecer a validade do casamento celebrado no estado de Massachusetts. Yarger afirma que o casamento não seria reconhecido. Alito, então, destaca que o próprio Estado do Colorado, à época, poderia recusar uma licença para o casamento de Craig e Mullins, negar

o reconhecimento do casamento celebrado em Massachusetts e negar, até mesmo, o pacto de uma união civil porque os cônjuges eram pessoas do mesmo sexo, ao passo em que um confeitheiro cristão observante não poderia recusar a encomenda de um bolo para a cerimônia.

- h) Alito explora os limites da decisão da Comissão de Direitos Cíveis do Colorado e pergunta se o mesmo raciocínio se aplicaria a palavras: o confeitheiro usou determinadas palavras em um bolo específico e, por essa razão, ele estaria obrigado a usar essas mesmas palavras em outras ocasiões caso os clientes assim demandassem. Yarger responde que ele estaria obrigado a fazê-lo. Alito invoca, então, um exemplo *ad absurdum*: um casal comemora o aniversário de casamento no dia 09 de novembro, solicita um bolo com a inscrição “09 de novembro – Melhor dia da história” e é atendido; posteriormente, simpatizantes do nazismo solicitam um bolo com a mesma inscrição.¹⁶⁰ Yarger sustenta que quando a objeção do prestador de serviço é à mensagem veiculada e não à identidade do cliente, logo, o atendimento pode ser recusado. Ele alega que, se o raciocínio de Alito fosse levado às últimas consequências, o confeitheiro não poderia alterar sequer a tonalidade da cor da pele dos bonecos que simbolizam os cônjuges, de modo a refletir suas fisionomias.
- i) Gorsuch passa a examinar as determinações da Comissão, em especial aquela que diz respeito à exigência de treinamento dos funcionários acerca da legislação estadual anti-discriminação. Ele quer entender em que aspecto a medida não consiste em uma forma de violação de consciência, uma vez que o confeitheiro teria que “ensinar” aos seus funcionários, alguns deles, inclusive, parentes de Phillips, que as crenças cristãs dele são discriminatórias. Yarger sustenta, com o apoio de Ginsburg, que o que havia sido determinado era que Phillips instrísse seus funcionários sobre o conteúdo da lei anti-discriminação do Colorado e não sobre o caráter discriminatório de sua crença.

Em seguida, ouviu-se a última sustentação oral, de David Cole, representando o casal Craig e Mullins e com o apoio da *American Civil Liberties Union*, a qual, como visto, embora nominalmente se considere apartidária, costuma

¹⁶⁰ A noite de 09 para 10 de novembro de 1938 ficou conhecida na história alemã como *Kristallnacht* (“A noite dos Cristais”). Nessa data, forças paramilitares e civis promoveram um *pogrom* contra judeus, que, nas estimativas mais conservadoras, resultou em quase uma centena de mortes.

defender causas mais tipicamente associadas a posições políticas liberais, que, nos Estados Unidos, são consideradas posicionamentos “de esquerda”. Cole afirmou acreditar que as convicções religiosas de Phillips eram sinceras, mas defendeu que, na prática, a adoção da tese jurídica da parte autoria conduziria a consequências inaceitáveis: confeitários que recusam a encomenda de um bolo de aniversário de uma criança negra porque se recusam a celebrar vidas negras¹⁶¹; um fotógrafo pode recusar retratar mulheres em posições corporativas de alto escalão por acreditar que o lugar da mulher é no ambiente doméstico; um florista pode recusar a venda de flores para o funeral de uma pessoa LGBTQ por acreditar que pessoas LGBTQ não merecem ser lembradas. Cole sugere que é contraditório que tanto a parte autora quanto o governo dos Estados Unidos admitam que essas situações seriam inaceitáveis no caso de discriminação motivada por raça, mas que podem ser admissíveis quando se trata de discriminação motivada pela orientação sexual. Os membros da Corte levantaram os seguintes pontos para discussão:

- a) *Chief Roberts* lembra que, em que pese a *ratio* de *Obergefell v. Hodges* (2015), a opinião da Corte registrou, a título de *obiter*, que existem pessoas decentes e honradas na sociedade norte-americana que possuem visões contrárias ao que foi decidido. Roberts alega que seria difícil dizer a mesma coisa a respeito de pessoas que se opõem à igualdade racial, por exemplo (ele parece dizer que não há exemplos satisfatórios de pessoas decentes e honradas na sociedade norte-americana que defendam a segregação racial). Cole reconhece que em *Obergefell* há espaço para que pessoas que são contra o casamento homoafetivo exponham seus posicionamentos discursivamente, mas defende que isso não quer dizer que um negócio aberto ao público possa recusar a prestação de um serviço ou a venda de um produto com base nessas objeções.
- b) Após um pedido de esclarecimento feito por Breyer, Cole explica que o cerne da sua tese jurídica consiste em compreender que quando uma mãe vai a uma confeitaria e compra um bolo de aniversário para o seu filho, ninguém supõe que o confeitário esteja desejando feliz aniversário à criança através do bolo. Ginsburg vai além e pergunta o que aconteceria se o casal solicitasse a inscrição no bolo da frase: “Deus abençoe a união de Craig e Mullins.”. Cole sustenta que,

¹⁶¹ Esse arranjo lexical faz mais sentido em inglês, em que é utilizado com relativa frequência, sobretudo após o surgimento do movimento *Black Lives Matter* (Vidas Negras Importam, em tradução literal).

se ele não prestar esse tipo de serviço a nenhum outro casal, ele não estará obrigado a prestar esse tipo de serviço a Craig e Mullins, mas que se o serviço for prestado a um casal de pessoas de sexos diferentes e não for prestado a Craig e Mullins, então, a prática discriminatória estaria configurada porque a única diferença entre um bolo e o outro seria a identidade dos clientes.

- c) Kagan nota que essa hipótese estaria fora de questão, já que o casal sequer teve a chance de discutir os detalhes do bolo ou a inclusão ou não de mensagens escritas. Cole complementa informando que a recusa foi imediata e que a única informação de que Phillips precisou para fundamentar a recusa foi o fato de Craig e Mullins serem um casal gay. Breyer, então, indaga o que aconteceria se a prestação do serviço envolvesse a participação física do confeitiro na cerimônia, porque o manuseio do bolo que ele fornece requer uma certa perícia. Cole defende que, em um caso futuro hipotético, em que a Corte tivesse que decidir sobre participação física do prestador de serviços, um critério para teste de uma nova doutrina poderia ser estabelecido. Breyer diz que essa proposta é inviável: ele chega a dizer que a Corte não pode esperar ouvir 42 mil casos sobre cada tipo de serviço cujo prestador considere possuir uma condição especial que o diferencie dos demais para chegar a esse critério. Cole sustenta que o ponto central a ser discutido é que não é possível desenvolver uma doutrina que se baseie em quão artístico ou quão expressivo o discurso embutido no serviço é. Breyer, então, indaga o que fazer. Cole acredita que o critério para teste não deveria ser a expressividade do serviço na perspectiva do prestador do serviço ou do cliente, mas sim o interesse do estado em regular: se o interesse do estado é regular uma conduta por conta do que essa conduta veicula discursivamente, haveria uma violação aos direitos previstos na Primeira Emenda.
- d) Alito, então, pergunta se as palavras em um bolo são discurso em um sentido merecedor de proteção constitucional. Cole sustenta que isso vai além do que está sendo arguido pelo estado do Colorado, que regulamenta a conduta de recusar serviços com base na identidade do cliente, independente da natureza discursiva ou não do serviço. Alito, então, indaga se o que ele está querendo dizer com isso é que um prestador de serviços pode ser compelido a escrever palavras com as quais ele discorda. Cole alega que, se essas palavras são escritas na prestação de serviços para outros clientes, então, sim, ele estaria

obrigado, sob a legislação vigente no Colorado, a escrever as palavras. Alito sugere um outro exemplo, na esteira da sofisticação contemporânea dos casamentos e dos serviços que giram em torno de sua celebração: existem prestadores de serviços cujo produto é a confecção de votos de casamento ou discursos para a cerimônia; o que aconteceria se um casal de humanistas seculares solicitasse que o prestador de serviços, que é religioso, escrevesse votos cuja ideia central fosse o despropósito da crença em Deus. Para Cole, em casos como esses, a Corte poderia lançar mão de alguma forma de *distinguishing*. Kennedy inquire que tipo de princípio jurídico seria utilizado para tal. Cole defende que o precedente estabelecido em *Employment Division v. Smith*¹⁶² seja ampliado em seu escopo. Chief Roberts argumentou que isso não seria uma modificação do precedente, mas sim uma “anulação” (*overruling*). Cole replica afirmando que isso dependeria da maneira como a opinião da Corte fosse elaborada, embora, em seu entendimento, essa questão sequer precise ser apreciada em *Masterpiece Cakeshop*, onde se fala apenas em fornecer um produto.

- e) Sotomayor levanta a hipótese de um hotel que aluga seus espaços e fornece seus funcionários para a realização de cerimônias. Ela quer saber se, nesse caso, a recusa seria justificável. Cole sustenta que a Corte, em tese, não precisa apreciar essa questão, que envolve a participação física dos prestadores de serviços, uma vez que em *Masterpiece Cakeshop* se fala apenas na solicitação de entrega de um produto. Gorsuch põe em novos termos a exemplificação *ad absurdum* de que lançou mão Alito: digamos que alguém encomende um bolo com uma cruz vermelha para comemorar o aniversário da organização humanitária homônima; a encomenda é aceita e o bolo é fabricado; na sequência, alguém pede o mesmo bolo para celebrar a Ku Klux Klan. Cole

¹⁶² Trata-se de um caso de 1990 julgado pela Suprema Corte norte-americana em que ficou decidido que o estado do Oregon poderia negar benefícios governamentais de seguro desemprego a pessoas que fizessem uso de uma planta conhecida como *peyote*, que contém como princípio ativo a mescalina, uma substância com propriedades psicoativas cujo uso é vedado em alguns estados. Essas pessoas deixariam de ser elegíveis para o recebimento do benefício por terem violado norma estadual. Ocorre que a planta é bastante utilizada em cerimônias religiosas de grupos nativos na região há pelo menos mais de cinco mil anos. Mesmo assim, a Corte entendeu que a maneira como o estado do Oregon formulou os critérios de elegibilidade ao benefício não violava a Primeira Emenda à Constituição. Para mais informações: OYEZ. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), 2018. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1989/88-1213>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

sustenta que, nesse caso, a recusa a fabricar um bolo para a Ku Klux Klan seria à mensagem que estaria veiculada no bolo e não à identidade do cliente em si. Gorsuch indica que é preciso algo mais claro do que isso, afinal, essa é apenas uma forma de caracterizar a recusa: Jack Phillips certamente acredita que a sua recusa se baseia na mensagem de apoio às uniões homoafetivas que ele acredita estar veiculando ao fornecer o bolo e não à identidade dos cônjuges em si.

- f) Kennedy sugere que o argumento sobre identidade e mensagem é muito simplório e que não enfrenta as complexidades que podem surgir nos casos concretos. Cole lança mão de um outro precedente, firmado em *United States v. O'Brien*, em que ficou decidido que a regulamentação estatal poderia recair sobre a parte discursiva da conduta incidentalmente, se sua verdadeira incidência fosse sobre a conduta a ser regulamentada e não sobre seu eventual potencial expressivo.¹⁶³ Cole elabora o seu argumento de modo a incluir um critério que diga respeito a categorias protegidas de pessoas. Para exemplificar, ele alude a *Newman v. Piggie Park Enterprises, Inc.*, um outro precedente da Suprema Corte, em que se reconheceu que a recusa de prestação de serviços a pessoas negras não poderia ser albergada pela cláusula de liberdade religiosa (Piggie Park, por exemplo, alegava que as suas crenças religiosas não admitiam a integração racial) uma vez que se tratava de uma categoria legalmente protegida de pessoas. A Suprema Corte, segundo Cole, considerou o argumento de Piggie Park irrelevante.
- g) Chief Roberts traz à tona, então, o exemplo da organização católica sem fins lucrativos que oferece serviços jurídicos *pro bono* sobre o qual Yarger havia sido questionado. Cole acredita que a organização estaria obrigada a prestar os

¹⁶³ Trata-se de um caso de 1968 julgado pela Suprema Corte norte-americana em que ficou decidido que a tipificação criminal da destruição de cartões de identificação fornecidos pelas autoridades militares norte-americanas não violava a cláusula de liberdade de expressão da Primeira Emenda (no caso sob apreciação, quatro jovens queimaram seus cartões em protesto contra a Guerra do Vietnã). A Corte não tinha dúvida de que a queima do cartão era discurso, mas argumentou que o que estava sendo regulamentado, no caso, era uma conduta, e não o discurso, que a regulamentação dessa conduta era legítima (o Estado deve manter Forças Armadas organizadas) e que a elaboração da regra de tipificação era neutra em termos de conteúdo (ela não visava grupos específicos, por exemplo). O critério estabelecido pela *ratio* do caso passou a ser conhecido como *the O'Brien test*. Para mais informações: OYEZ. *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968), 2018. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1967/232>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

serviços a casais homoafetivos, a não ser que a Corte levasse em consideração o fato de que o serviço prestado por eles é exclusivamente discursivo e adotasse um critério com esse fim, já que os precedentes da Corte permitem que condutas expressivas sejam objeto de regulamentação, mas não que a expressão discursiva, por si só, o seja. Alito levanta a hipótese de uma universidade católica: ela seria obrigada a fornecer alojamento para casais de mesmo sexo em seu campus ou permitir que cerimônias de casamento fossem ali celebradas caso essas possibilidades estivessem disponíveis para casais heteroafetivos? Para Cole, é possível que se estabeleça uma exceção, neste caso, por se tratar de uma instituição essencialmente religiosa, o que não seria o caso de uma confeitaria. Cole encerra sua sustentação com menção a um argumento defendido por Scalia, falecido em 2016, e que compunha a ala conservadora da Corte até a data de seu óbito. Para Antonin Scalia, e segundo Cole, se a toda norma de conduta genericamente aplicáveis fosse possível apresentar objeções de cunho religioso, ou de cunho discursivo, na complementação de Cole, então haveria um Direito para cada ser humano.

Em resumo, aos advogados da parte demandada, buscou-se explorar os desdobramentos práticos de se obrigar alguém a fazer algo que, em tese, viola sua consciência. Ninguém nega que a fabricação do bolo nesse contexto seja uma conduta expressiva, mas os advogados argumentam que condutas expressivas podem ser regulamentadas pelo Estado, segundo os precedentes da própria Corte. O critério a ser utilizado, nesse caso, já estaria firmado no precedente sobre os cartões de identificação fornecidos pelas Forças Armadas: o Estado pode regular condutas expressivas desde que a regulação recaia sobre a conduta e não sobre o seu conteúdo expressivo, se houver um interesse legítimo do Estado em regular a conduta e se o conteúdo da regulação for neutro (isto é, se, em tese, aplicar-se a todas as pessoas). Na prática, o critério que sugere que seja examinada a razão da objeção alegada (se à identidade da pessoa ou se à mensagem associada ao serviço) não parece ter chances de prosperar, pois as zonas de penumbra, nesse caso, seriam muitas.

Por outro lado, a adoção pura e simples dos precedentes já firmados pela Corte em outros casos envolvendo a Primeira Emenda seria inviável em razão da amplitude do conceito de *public accommodations*: a Corte se veria obrigada a

reconhecer que organizações católicas sem fins lucrativos que oferecessem serviços jurídicos *pro bono* estariam obrigadas a representar casais de pessoas do mesmo sexo. Dois critérios são oferecidos pelas partes: um deles é restringir o critério a negócios que atuem nos moldes de lojas de varejo (*retail stores*); o outro implicaria o reconhecimento de que serviços jurídicos, entre outros (como a confecção de votos ou o ensino religioso) são essencialmente discursivos (não são mera conduta expressiva, sujeita, potencialmente, nesse caso, à regulamentação pelo Estado). Tais critérios justificariam a aceitação de algumas exceções bem delimitadas, a exemplo das aludidas acima, a fim de que não restasse configurada uma hipótese de discurso forçado (*compelled speech*).

3.2.3 A réplica de Waggoner

Ao final, Waggoner, representante da *Masterpiece Cakeshop* oferece mais alguns argumentos para serem considerados pela Corte. Inicialmente, Waggoner e Sotomayor discutem a diferença entre a pessoa jurídica e a pessoa física. Waggoner sustenta que pessoas jurídicas também estão protegidas pela cláusula de liberdade de expressão da Primeira Emenda, segundo reconhece a própria Corte. Sotomayor quer saber, nesse caso, quem faz a decisão pela pessoa jurídica: é a pessoa jurídica ou é a pessoa física? Essa questão para ela é importante para que se possa saber quem recusa os serviços. Além dessa disputa, Waggoner ressaltou três aspectos para especial consideração da Corte:

- a) O primeiro deles diz respeito ao que ela supõe ser a adoção de dois pesos e duas medidas pela justiça do Colorado quando se refere ao caso das três confeitarias que recusaram a encomenda de um bolo com uma interpretação polêmica de um versículo do Levítico. Nesse julgamento, a Corte de Apelação do Colorado entendeu que a fabricação dos bolos com a mensagem seria um endosso da própria mensagem, segundo Waggoner.
- b) O segundo argumento reside na dignidade e na autonomia pessoal de Jack Phillips, que seriam violadas na hipótese de ser obrigado a fabricar um bolo para utilização em uma cerimônia de casamento homoafetivo.
- c) O último argumento assinala que opiniões políticas, religiosas e morais mudam com o tempo e que, nesse sentido, uma maior tolerância em relação ao casamento de pessoas do mesmo sexo não deveria ser suficiente para obrigar

Jack Phillips a fabricar o bolo. A Corte deve, portanto, manter intacta a doutrina de *compelled speech* que vem adotando, ainda que, por vezes, essa parece ser a insinuação de Waggoner, ela sirva de salvaguarda para proteção de opiniões que não são mais vistas como aceitáveis.

Sotomayor ainda chega a questionar Waggoner sobre o último argumento apresentado ao dizer que a opinião pública sobre casamentos inter-raciais e sobre questões raciais, em geral, não evoluiu por conta própria, mas resultou de mudanças legislativas que forçavam as pessoas a fazerem coisas que elas acreditavam ir de encontro aos seus direitos de liberdade de expressão e de liberdade religiosa. Em resposta, Waggoner diz acreditar que a maior ofensa à Primeira Emenda seria obrigar uma pessoa nas circunstâncias de Jack Phillips a fabricar o bolo encomendado. Sotomayor treplica afirmando que bastaria Phillips não atender pedidos para casamento ou fabricar um só tipo de bolo, que fosse neutro, já que ele tampouco está obrigado a oferecer seus bens e serviços publicamente.

3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS E DELINEAMENTOS FUTUROS

A opinião da Corte sobre o caso deve ser publicada a qualquer momento até junho de 2018. Supõe-se que o voto de Minerva, mais uma vez, caberá a Anthony Kennedy, considerado o pêndulo da balança na maioria dos casos difíceis analisados pela Suprema Corte norte-americana na formatação atual. O mais provável é que Ginsburg, Sotomayor e Kagan votem contra o peticionário. Breyer, embora tenha composto a opinião da Corte em *Obergefell*, pareceu dar sinais de que pode votar em favor do peticionário. Alito e Thomas, que costuma nunca falar nos *oral arguments* da Corte, devem votar em favor do peticionário. *Chief* Roberts também deve seguir posicionamento semelhante. Não há um histórico considerável de votos de Gorsuch na Corte, mas, em postos ocupados anteriormente, ele se mostrou bastante inclinado a opinar favoravelmente aos direitos de grupos religiosos.

Independentemente do resultado, porém, o que ressaí do julgamento é a preocupação com as consequências práticas. Um julgamento dessa envergadura em um sistema jurídico de precedentes vinculantes tem consequências práticas que podem ser paradigmáticas. Assim, a decisão precisa ser formulada de tal modo que

a sua replicação, em outras instâncias, seja factível. Uma expressão que se repete inúmeras vezes nos questionamentos dos membros da Corte é *draw a line* (desenhar uma linha), sintomática do foco nas repercussões que a decisão terá. É como se eles dissessem: nós queremos deixar claro o que cai de um lado da linha e o que cai do outro lado da linha porque nós não queremos julgar 42.000 casos (em alusão ao gracejo impaciente de Stephen Breyer) como esse antes de desenhar a linha.

Para cada um dos advogados que apresentaram argumentos orais, portanto, os juízes parecem suplicar: ajudem-me a ajudá-los; mostre-me que o que você está pedindo, na prática, é viável, que milhares de prestadores de serviços em comunidades pequenas não irão começar a recusar serviços a casais gays com base na decisão que nós tomarmos aqui ou que nenhum órgão da administração estadual irá conduzir coercitivamente um confeitiro à cozinha de seu estabelecimento e coagi-lo a mover o seu corpo de maneira que resulte, ao final do processo, em um bolo de casamento. Esse procedimento, cabe destacar mais uma vez, é eminentemente indutivo: há pouquíssimas certezas além da Primeira Emenda e suas cláusulas e de uma ou outra doutrina que a Corte adotou precedentemente.

Há, nesse sentido, uma preocupação com o prospectivismo da decisão: de nada vale criar um precedente se ele não puder resistir à primeira tentativa de anulação por um jurisdicionado. É por isso que é tão importante formular a decisão nos termos de um teste: se a situação fática conseguir resistir a tais e tais critérios de exclusão, então ela estará protegida pela *ratio* enunciada e o teste empregado se revela razoável. Nesse contexto, é possível até mesmo sugerir uma categoria jurídica que vá além da eficácia e chegue à noção de viabilidade. É natural que uma decisão da Suprema Corte esteja dotada de eficácia, na medida em que é cumprida, mas quando do seu cumprimento resultar um ônus exacerbado para os órgãos jurisdicionais de instâncias inferiores, com tentativas recorrentes de superação de um precedente que seja notoriamente insatisfatório, os objetivos óbvios do Direito estarão em risco.

A decisão judicial, considerada em abstrato, acaba sendo submetida ao seu próprio teste de sustentabilidade: ela não pode impor uma norma de Direito draconiana em uma sociedade multicultural, para usarmos a terminologia habermasiana sempre tão em voga. A interpretação constitucional nesse modelo, portanto, é assumidamente consequencialista e, para ser mais específico, utilitarista.

Isso não é tão inconveniente em sistemas jurídicos em que prevalecem doutrinas éticas não-deontológicas. Para o Brasil, porém, pode consistir em um desafio, pelas razões que expusemos anteriormente. Mas, acima de tudo, ela é uma decisão que se reveste de uma legitimidade que se pode arrogar coletiva, construída em colaboração com as partes, em um compromisso mais flagrante entre os membros e que é comumente referida como “a opinião da Corte”.

Quando do julgamento de *Obergefell v. Hodges*, a Suprema Corte adotou uma linha de raciocínio quase simplória: se o casamento é um direito fundamental e, considerando que pessoas homossexuais só teriam inclinação para casar com uma pessoa de mesmo sexo, então proibir o casamento entre pessoas do mesmo sexo é proibir o exercício de um direito fundamental. Esse raciocínio, naquilo que tem de mais simples, permite um diálogo constante com as decisões do futuro. Em *Masterpiece Cakeshop*, a Corte se depara agora com a possibilidade de um direito que ela reconheceu há pouco mais de dois anos ser boicotado por prestadores de serviços de comunidades pequenas, tornando o seu exercício algo impraticável. É um exemplo perfeito da ideia de que uma decisão para sanar uma complexidade dá ensejo a mais complexidade. A opção é ensejar complexidades razoavelmente previsíveis e aceitar um pouco de consequencialismo ou apostar em uma noção metafísica do que é certo e aguardar o dia em que todos teremos uma concepção ética comum.

4 INDIVIDUALISMO E INCERTEZA NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: ALGUNS OBSTÁCULOS À LÓGICA DO PRECEDENTE

“Vivemos tempos duros. Obscuros. Direito fragilizado, fragmentação na aplicação, descompromissos com as instituições e extremo individualismo, pelo qual o sujeito (intérprete do Direito, para ficar nos limites propostos) acredita que pode filtrar o Direito – visto como uma expressão de uma linguagem pública – por sua linguagem particular: a dele, é claro! Eis o solipsismo. Eis o Selbstsüchtiger, o sujeito egoísta moderno, sujeito-de-si-de-sua-certeza-pensante. O externo não consegue constranger a barbárie interior desse sujeito. Resultado: cada um por si.”
(Lênio Streck)

Este último capítulo encerra a nossa investigação com uma análise do potencial de formação de precedente em uma decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro em sede de Reclamação Constitucional. Antes de expormos o resultado de nossa pesquisa e comentarmos os aspectos metodológicos utilizados, porém, faremos duas digressões necessárias sobre o que consideramos, afinal, dois dos mais sérios obstáculos à adoção de um sistema processual civil que faça loas a uma lógica que privilegie, de maneira determinante, os precedentes firmados. Para comentar esses dois obstáculos, utilizaremos dois textos que, no decorrer do nosso estudo, se mostraram essenciais.

O primeiro desses dois textos propõe um diagnóstico para reflexão sobre as práticas deliberativas do Supremo Tribunal Federal chamado de diagnóstico das onze ilhas. Ele reflete, nesse sentido, uma preocupação recorrente com a noção de que não há um espírito de corpo (em um bom sentido, naturalmente) nos órgãos jurisdicionais colegiados brasileiros. Neste caso específico, ressurte-se desse aspecto no órgão jurisdicional de mais elevada hierarquia no que se trata de interpretação constitucional. Cada um dos onze Ministros do STF, sugere a hipótese, parece tomar suas decisões individualmente, sem levar em consideração o propósito último de órgãos jurisdicionais coletivos. Essa postura, argumentamos, é um obstáculo importante à concretização de um sistema de precedentes vinculantes apto a minimizar alguns dos principais problemas da gestão judicial em nosso país.

O segundo texto, por sua vez, trata de aspectos referentes ao modelo de argumentação jurídica que, recentemente, se consideramos a longevidade do Direito enquanto prática social, se tornou um modelo hegemônico em sistemas jurídicos de *civil law*. Reporto-me, aqui, ao modelo de solução para casos difíceis

conhecido como ponderação de interesses (*balance of interests*). Em um sistema de precedentes vinculantes, é possível que esse modelo de argumentação jurídica não seja particularmente vantajoso, em especial do ponto de vista da estabilidade e da previsibilidade do Direito. Como ele se baseia em categorias jurídicas de difícil apreciação empírica, os resultados de seu emprego podem divergir sobremaneira. A título de ilustração, o texto comentado analisa dois julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em que a lógica do precedente é completamente posta de lado, em que pesem as semelhanças marcantes dos dois casos.

4.1 SOBRE O DIAGNÓSTICO DAS ONZE ILHAS OU SOBRE COMO FORMAR PRECEDENTE QUANDO HÁ ONZE *RATIONES* DISTINTAS

Nesta seção, comentaremos o artigo científico “Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas”, de autoria de Guilherme Forma Klafke e de Bruna Romano Pretzel, publicado no primeiro número da *Revista de Estudos Empíricos em Direito*.¹⁶⁴ Esse texto é sintomático daquele que consideramos o primeiro obstáculo à adoção de uma lógica processualística que contemple precedentes vinculantes no sistema jurídico brasileiro, a saber, o individualismo do magistrado, mesmo nas situações em que este atua em órgãos jurisdicionais de deliberação coletiva. O seu subtítulo faz menção a uma alegoria comumente utilizada quando se quer aludir ao relativo isolamento em que atua cada um dos Ministros do STF: seriam como ilhas de um mesmo arquipélago, mas ainda assim porções independentes de terra cercadas por água por todos os lados. Essa figura de linguagem se faz particularmente presente nos comentários de Conrado Hübner Mendes acerca da atuação da Corte.

Em síntese, o diagnóstico é importante na medida em que “a ausência de uma verdadeira deliberação entre os ministros do Supremo e de uma opinião da corte é vista como algo prejudicial ao desempenho de suas funções.”.¹⁶⁵ À medida que o STF aumenta sua importância no sistema jurídico-político brasileiro, mais

¹⁶⁴ KLAFFE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas, **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 1, jan. 2014, p. 89-104. Disponível em: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/8/8>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

¹⁶⁵ KLAFFE; PRETZEL, op. cit., p. 91.

urgente se torna a discussão desse tema, segundo Klafke e Pretzel. Para os autores, há duas formas de invocação da metáfora das onze ilhas: uma faz referência ao momento de produção dos votos, em gabinetes isolados, com a participação do Ministro e de seus assessores e sem diálogo com os pares (esses votos são apresentados em sessão, mas as oportunidades de debate que conduzam a uma reorientação dos votos inicialmente produzidos e a uma convergência prática mais patente são raras); a outra faz referência ao momento de apresentação dos votos ao público, em acórdãos prefaciados por ementas. A primeira ocorrência é especialmente comum e o diagnóstico se estende, em alguma medida, a outras Cortes constitucionais (embora não tanto em relação às sessões propriamente ditas, onde, ao menos na Suprema Corte norte-americana, as chances de intercâmbio são mais evidentes). A segunda ocorrência, quanto ao momento de apresentação da decisão, é mais nuançada em relação ao diagnóstico das ilhas: por vezes, há uma estruturação inapta “a apresentar claramente uma opinião consensual do colegiado sobre determinado ou determinados pontos do julgamento.”.¹⁶⁶

Nesse último caso, destacam os autores do estudo, os acórdãos são compostos por declarações individuais de voto, com estrutura e argumento próprios, e sem uma opinião clara e convergente da maioria dos Ministros. Por vezes, pode até haver uma opinião clara e convergente, mas são tantos os votos e tão extensos cada um deles, que o que chega aos jurisdicionados e aos juristas, em geral, não é muito diferente de uma seção de cartas do leitor em um jornal. No caso da produção dos votos, identifica-se com mais clareza o posicionamento vencedor na parte dispositiva do acórdão, onde, tradicionalmente, se inicia o texto com “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em...” e se complementa com o conhecimento ou não da ação e a acolhida ou não do que foi pedido, parcialmente ou integralmente, nos dois casos. Essa deliberação, porém, não corresponde a uma *ratio decidendi*, no sentido discutido anteriormente, isto é, não consiste em um argumento jurídico que sirva de orientação para as instâncias inferiores: conheceu-se da ação por esse motivo; proveu-se o pedido por aquele motivo, por exemplo.¹⁶⁷

Cogita-se que essa *ratio* da opinião majoritária pudesse vir contida na Ementa, mas dá-se por dito que não é o que ocorre. Além disso, alude-se ao

¹⁶⁶ KLEFKE; PRETZEL, op. cit., p. 92.

¹⁶⁷ KLEFKE; PRETZEL, op. cit., p. 92-93.

sistema de controle de constitucionalidade de outros países, a exemplo da Espanha, onde só é possível declarar a inconstitucionalidade da lei se os votos da maioria dos julgadores coincidirem quanto ao fundamento e não apenas quanto ao resultado: no exemplo fornecido, se em uma corte com onze membros, quatro dizem que há inconstitucionalidade formal e quatro dizem que há inconstitucionalidade material, a legislação sob escrutínio continua vigente, uma vez que não há acordo quanto à razão pela qual ela seria inconstitucional.¹⁶⁸ ¹⁶⁹ Para o escopo de nossa investigação, essa dificuldade de localização da *ratio*, seja porque inexiste uma *ratio* majoritária, seja porque só é possível extraí-la por meio de um cuidadoso processo de análise de cada um dos extensos votos que por vezes são juntados ao acórdão, é a preocupação de maior relevância.

Conforme os trâmites previstos em regulamentação interna do STF, os autos, com os votos juntados ou transcritos, são enviados para o Ministro Relator do caso (ou, nas situações em que um voto-vista passa a ser o voto majoritário, para o chamado Ministro Relator para o Acórdão), para elaboração da parte dispositiva do acórdão e da ementa. Conforme já comentamos, a ementa costuma ser muito utilizada como fonte para extração da *ratio* e, nesse aspecto, se presta, de alguma forma, ao registro escrito mais consequente do que se pretende utilizar como precedente judicial. Mas sua confecção é fonte de desentendimentos não desprezíveis – um deles, inclusive, aludido em nota de rodapé por Klafke e Pretzel, em que se deu provimento a embargos de declaração com vistas a reduzir o texto da Ementa de uma ADI¹⁷⁰, a qual, inicialmente, continha afirmações sobre as quais não havia confluência suficiente de votos.

O estudo levado a cabo por Klafke e Pretzel utilizou como objeto de análise as ações de controle concentrado de constitucionalidade constantes do Banco de Ações do Observatório do STF, resultado de um projeto de pesquisa desenvolvido

¹⁶⁸ Aqui, nos parece, revela-se uma diferença bastante didática entre saberes práticos e saberes teóricos. Quando os juristas, cultores de um saber prático, isto é, argumentativo, não conseguem chegar a um consenso acerca do porquê de determinada tese, a tese não se sustenta (ou, pelo menos, não deveria). É um pouco como dizer: sabemos que é inconstitucional, mas não sabemos por quê, logo, em termos práticos, não sabemos que é inconstitucional. A inconstitucionalidade, enquanto resultado prático, só existe se houver uma razão prática para que ela possa se configurar. Nos saberes teóricos, essa vinculação é irrelevante: ainda que os cientistas não consigam dizer com muita certeza por que os organismos biológicos produzem células cancerígenas, células cancerígenas estão sendo produzidas a cada milésimo de segundo em nosso planeta.

¹⁶⁹ KLAFKE; PRETZEL, op. cit., p. 93.

¹⁷⁰ Conferir a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591/DF.

no âmbito do Núcleo de Pesquisas da Sociedade Brasileira de Direito Público chamado “*Accountability* e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões”, de autoria de Carlos Ari Sundfeld e de Rodrigo Pagani de Souza. Klafke e Pretzel utilizaram duas categorias para a análise dos acórdãos contidos no Banco de Ações, a saber: concentração e dispersão da fundamentação. Segundo eles:

Concentração da fundamentação é o deslocamento, para apenas um voto ou poucos votos, das razões de decidir do bloco vencedor. *Dispersão da fundamentação*, ao contrário, é a apresentação fragmentada e plural das razões, mesmo que idênticas, em diversos votos.

Frisamos que concentração e dispersão são atributos da opinião do colegiado, não dos votos de cada ministro. Nossa preocupação não é identificar se os votos dos ministros são coerentes ou claros, mas analisar como as razões se distribuem (concentradas ou dispersas) na soma dos votos de todos os ministros do STF.¹⁷¹

A partir dessas categorias surgem três possibilidades de classificação. A primeira delas é de concentração máxima, em que todos os votos da corrente vencedora, exceto o voto vencedor, são apenas registrados em ata (ou seja, os Ministros apenas declaram acompanhamento da posição do Relator original ou do Relator para o Acórdão). Na concentração submáxima, pelo menos a metade dos votos da corrente vencedora são apenas registrados em ata, mas, nesse caso, são juntados mais de um voto com fundamentação por escrito (isto é, não é apenas o voto do Relator que compõe a fundamentação). Por fim, quando há fundamentação dispersa, menos da metade dos votos da corrente vencedora são votos em ata (meras declarações de acompanhamento do Relator). Foram submetidos a análise 266 acórdãos, dos quais 29% apresentaram concentração máxima de fundamentação, 39% concentração submáxima e 32% dispersão.¹⁷²

A metáfora das onze ilhas faz pouco sentido no que se refere às decisões que apresentaram fundamentação com concentração máxima. Mas, em 71% dos acórdãos analisados, esse não era o caso e ela passa a ter alguma aplicabilidade, na medida em que não há uma única vertente de fundamentação claramente

¹⁷¹ Op. cit., p. 95-96.

¹⁷² KLEFKE; PRETZEL, op. cit., p. 96-99.

determinante na decisão final. Klefke e Pretzel¹⁷³ relativizam o significado do elevado percentual de julgados em situação de concentração submáxima e dispersão, pois observam que, no primeiro grupo, a amplitude de dispersão é menor do que se supõe quando se toma ao pé da letra a alegoria das onze ilhas. De qualquer modo, porém, considerando o contexto atual de regulamentação do processo civil brasileiro, é provável que um número razoável de casos decididos pelo Plenário do STF (os casos analisados são de controle abstrato, que são de competência exclusiva do Pleno) não possua uma *ratio decidendi* cristalina e replicável. A confirmação dessa hipótese, e a consequente formação da decisão pela mera soma dos votos concordantes ou discordantes em relação ao pedido, acrescentaria um elemento de obscuridade no processo decisório. De uma forma ou de outra, mesmo a tendência de apenas manifestar em ata concordância com o voto do relator pode ser reveladora de duas posturas opostas: uma que privilegia o espírito colegiado do tribunal e outra que, ao contrário, reforça formas de agir individualistas.

4.2 PONDERAÇÃO DE INTERESSES E A TIRANIA DO CASO CONCRETO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO DECISÓRIO NO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM

Há duas maneiras de se deixar guiar pelo caso concreto no Direito. Em uma delas, quem delibera vê o caso concreto como uma hipótese. Ele a destrincha, de modo a explorar as hipóteses mais assemelhadas possíveis. Desse modo, ele é capaz de dizer se os *standards* formulados na decisão se prestam à replicação em outros casos semelhantes. O caso particular está a serviço de uma inclinação generalizante que se presta a guiar as condutas dos jurisdicionados e as deliberações dos juristas. A outra maneira de enxergar o caso concreto segue uma trajetória inversa. Ela não testa a solução aventada por um processo de generalização do caso concreto a um número razoável de hipóteses similares. Aqui, pelo contrário, o caso concreto é individualizado em suas mais sutis especificidades, via de regra, a partir de um processo que já parte de cadeias argumentativas de concatenações mais sofisticadas.

¹⁷³ Op. cit., p. 100-101.

Essa maneira de enxergar o caso concreto tem pelo menos uma vantagem e uma desvantagem óbvias: a vantagem é que ela consegue guiar-se mais eficazmente na direção de um objetivo que sempre irá impregnar as experiências, as práticas e os saberes jurídicos, que é a realização, em algum sentido, do valor justiça; a desvantagem (que poderia ser formulada exatamente nos mesmos termos que a vantagem) é que ela pode se prender de tal modo às peculiaridades do caso concreto que a solução oferecida resvala para a discricionariedade, para o casuísmo em um sentido negativo, para o arbitrário. Não há nada de errado em se perseguir uma solução justa, mas quando as sutilezas do caso que clama justiça se tornam tiranas de quem delibera, a busca de uma solução justa se transforma instantaneamente em sede por justiça e a moderação típica do julgador é substituída pela indignação típica do justiceiro.

Essa é uma tensão incontornável no Direito. Considerar os custos futuros de remediar um mal-entendido presente por meio de raciocínios heterodoxos é uma forma de utilitarismo e não demora a revelar os seus próprios perigos. Sacrificar a coerência para remediar um agravio é uma maneira de não permitir o inconcebível, mas sob o risco de criar uma regra irreplicável. No *common law*, a mecânica do precedente e suas técnicas (examinadas no capítulo dois), em tese, mitigam os excessos das posturas tendentes a sacrificar o bem-estar individual em nome do bem-estar coletivo e vice-versa. No *civil law*, a existência de códigos e de legislações esparsas em quantidade suficiente para cobrir um número considerável de situações fáticas com repercussões jurídicas, em tese, mitigam os impulsos *ad hoc* de quem se depara com o dever de decidir.

Um problema, porém, pode surgir quando os modelos de argumentação jurídica na interpretação constitucional dos sistemas jurídicos de *civil law* passam a demonstrar uma preferência cada vez maior por noções como ponderação de interesses e colisão de direitos fundamentais. Esse problema é muito bem explorado em um texto de Guy Haarscher¹⁷⁴, um jurista belga que é, atualmente, um dos principais comentadores da obra de Chaïm Perelman, e professor emérito das Faculdades de Direito e de Filosofia e Letras da Universidade de Bruxelas.

¹⁷⁴ HAARSCHER, Guy. Some Contemporary Trends in Continental Philosophy. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (Eds.). **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford, UK: Blackwell Publishing, 2005. – (Blackwell philosophy guides; 18). p. 300-312.

Haarscher escreveu o texto em questão por ocasião da publicação de uma coletânea da editora Blackwell sobre filosofia jurídica e teoria geral do Direito. O seu texto aborda algumas tendências contemporâneas na filosofia jurídica continental¹⁷⁵, dentre elas, a utilização da técnica de ponderação de interesses no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Haarscher¹⁷⁶ inicia seu texto com algumas considerações sobre os efeitos da assim chamada globalização, em especial no que diz respeito à aproximação entre tradições filosóficas, as quais, conforme examinamos no capítulo inicial deste trabalho, tendem, muitas vezes, a radicalizar suas diferenças, em vez de relativizá-las. Haarscher afirma ser inegável que, pelo menos no que tange às democracias liberais do Ocidente, houve um processo de convergência sob vários aspectos, de modo que o que diferenciava a Europa continental (e seus satélites) do mundo anglo-americano é cada vez menos significativo. Na esfera intelectual, por exemplo, isso se reflete na invasão de aportes teóricos pós-modernistas, desconstrutivistas e neomarxistas na vida acadêmica norte-americana, principalmente, inclusive em departamentos e faculdades de Direito, bem como na recepção à primeira vista improvável do pensamento de Jürgen Habermas em alguns domínios do conhecimento nos Estados Unidos.

Da mesma maneira, houve um recuo, segundo Haarscher¹⁷⁷, da proeminência de aportes teóricos marxistas no mundo intelectual franco-germânico, bem como um avanço de ideias mais tipicamente associadas ao universo anglo-americano, em especial no que diz respeito à filosofia de Rawls, à teoria do Direito de Dworkin, à análise econômica do Direito e ainda a outras vertentes de filosofia política pouco estudadas na tradição continental (comunitarismo e libertarianismo são os exemplos aludidos por Haarscher). O pensador belga reconhece que tal cenário só se tornou possível em um ambiente intelectual em que o pensamento liberal virou, por assim dizer, uma espécie de ortodoxia e a democracia representativa uma espécie de dogma fundamental.

No âmbito do Direito, especificamente, essa corrosão da diferença se pôde fazer sentir, por exemplo, na percepção de que o juiz no *civil law* passou a ocupar um papel no sistema político dos Estados europeus sem precedentes, de acordo

¹⁷⁵ O público-alvo da coletânea é composto por leitores de língua inglesa mais familiarizados com os institutos jurídicos de *common law*.

¹⁷⁶ Op. cit., p. 300-302.

¹⁷⁷ Op. cit., p. 302.

com os ditames da tradição jurídica em que atua. Haarscher utiliza como exemplo dessa percepção a obra do juiz francês Antoine Garapon¹⁷⁸. Segundo Haarscher¹⁷⁹, esse processo é fruto de tendências mais gerais que acabaram por conceder ao magistrado um papel e um poder incompatíveis com o sistema concebido por Montesquieu, no século XVIII, no qual o juiz era visto apenas como a boca da lei. Nesse contexto, a importância crescente dos direitos humanos conduziu a um modelo de regulação da sociedade que é cada vez mais jurídico e cada vez menos político, na opinião de alguns.

A fim de aprofundar a reflexão por ele proposta, Haarscher¹⁸⁰ analisa a obra de dois autores europeus¹⁸¹ que se debruçam sobre as mudanças de longo prazo que os processos de “mundialização”, como se costuma dizer em francês, acarretarão no âmbito do Direito. Uma das hipóteses que os autores consideram é a substituição de um paradigma piramidal de organização normativa por um paradigma de organização normativa em rede. Haarscher acredita que a concepção do direito comum europeu¹⁸² é particularmente visionária nesse sentido. Um dos aspectos inovadores desse sistema jurídico regional europeu é o chamado modelo de *case-law* adotado pela Corte de Estrasburgo, um modelo que invita algumas comparações com o modelo adotado pelas cortes do Reino Unido, o qual também está sob jurisdição do Tribunal Europeu. Esse modelo é sintomático de um momento específico na história do Direito dos sistemas jurídicos de *civil law*, argumenta Haarscher, em que a aplicação da norma é um processo cada vez mais negociado e cada vez menos dogmatizado.¹⁸³

¹⁷⁸ No Brasil, Garapon teve sua principal obra publicada em 1999 pela editora Revan sob o título “O Guardador de Promessas – Justiça e Democracia”.

¹⁷⁹ Op. cit., p. 302-303.

¹⁸⁰ Op. cit., p. 303-304.

¹⁸¹ A obra analisada se intitula *De la pyramide au réseau?* (“Da pirâmide à rede?”, em tradução nossa) e é de autoria de François Ost e de Michel van de Kerchove.

¹⁸² Utilizamos a expressão “direito comum” para nos referir ao sistema regional europeu que transcende o arcabouço institucional da União Europeia, caso em que usaríamos a expressão “direito comunitário”. No caso do “direito comum”, destacamos como instrumento normativo a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e à sua aplicação pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ou Corte de Estrasburgo. O órgão jurisdicional de maior hierarquia no contexto da União Europeia é o Tribunal de Justiça da União Europeia, ou Corte de Luxemburgo. Uma última observação: a saída do Reino Unido da União Europeia não altera o *status* de sua relação institucional com a Corte de Estrasburgo.

¹⁸³ Essa novidade, a qual, em termos práticos, sempre existiu, mas que agora passa a se valer de formulações teóricas que a justifiquem e que a tornem *lingua franca* no senso comum dos juristas, parece aproximar, em um âmbito propriamente teórico, as concepções

Em essência, o que Haarscher parece sustentar é que nas formulações teóricas de maior repercussão nas reflexões jurídicas de fins do século XIX e primeira metade do século XX, pelo menos, há uma avaliação recorrente de que o elemento a que chamamos “legitimidade” tem seu instante de atuação esgotado em uma única performance, na maioria das vezes, hipotética: o contrato social, o nascimento da nação, a vontade geral, a constitucionalização, etc.¹⁸⁴ O momento atual, porém, privilegia um Direito no qual a análise de legitimidade é constante. Nesse novo contexto, de direito negociado, noções como “rede” são privilegiadas em detrimento de noções como “pirâmide”, o mesmo ocorrendo com os pares “heterarquia” (horizontal) e hierarquia (vertical), consenso e autoridade, negociação e obediência. O léxico desse novo momento inclui, além dos pares acima, expressões como “criatividade, flexibilidade, pluralismo, aprendizado constante, docilidade, convívio, coexistência pacífica de valores antagônicos, ontologia relacional e cibernética, pragmática da intersubjetividade e da comunicação e interatividade generalizada.”.¹⁸⁵

Haarscher¹⁸⁶ não fala dessas mudanças em um tom particularmente entusiástico e reflete que a porosidade contemporânea entre fatos e normas não necessariamente resulta de uma superação definitiva dos dualismos kantianos que estão no cerne da filosofia jurídica na tradição romano-germânica. Em parte, opina Haarscher, esse novo momento tem os seus próprios perigos e alguns deles residem no anseio de superação da noção de hierarquia no Direito. Um trecho, em especial, de sua argumentação merece o nosso destaque:

A ideia de um *sistema* de normas claras e bem definidas, sem inconsistências e lacunas, está alicerçada no requisito da certeza jurídica, a qual compõe, indubitavelmente, aquilo que há de mais básico no funcionamento apropriado de um sistema jurídico. Essa ideia sustentava as teses da *Escola da Exegese* no século XIX (ensinar e aplicar, em direito privado, o *Código de Napoleão*, e nada mais), e, no século XX, da *teoria pura do Direito* de Kelsen. Notoriamente, essas “regras de papel” foram criticadas das mais

jurídicas de *civil law* de concepções éticas menos incompatíveis com os enunciados mais sofisticados do utilitarismo.

¹⁸⁴ Os exemplos são nossos, mas refletem o espírito geral do texto de Haarscher.

¹⁸⁵ Op. cit., p. 304. Tradução nossa. No original: “creativity, flexibility, pluralism, lifelong learning, gentleness, conviviality, peaceful coexistence of frequently opposed values, relational and “cybernetic” ontology, pragmatics of intersubjectivity and communication, generalized interactivity.”.

¹⁸⁶ Op. cit., p. 305.

diversas maneiras, primeiro na Europa, com François Géný na França, com a jurisprudência de interesses e o movimento do Direito livre na Alemanha, e posteriormente, nos Estados Unidos, com a jurisprudência sociológica e o realismo jurídico; mais tarde, novamente no continente europeu, com o realismo escandinavo e com Chaïm Perelman e a Escola de Bruxelas. Mas permanece claro que essas correntes foram – independentemente de suas contribuições para a análise da natureza mesma do processo decisório e de sua atenção para as necessidades de sociedades modernas e complexas – criticadas da perspectiva dos valores (sobretudo, a segurança jurídica) que estavam associados ao conceito de juridicidade formal – e que constituíam pelo menos uma parcela do que Lon Fuller chamou de “moralidade inerente do Direito”. [destaques no original; tradução nossa].¹⁸⁷

A tese de Haarscher¹⁸⁸ é que as noções de hierarquia estatal têm servido, em alguma medida, como contrapeso a forças como o livre mercado e a sociedade civil, que, ainda que se sirvam de um léxico teoricamente mais igualitário, costumam apresentar a exploração econômica e a ditadura da maioria¹⁸⁹, por exemplo, como contrapartidas que precisam ser refreadas. Nesse aspecto, ele reforça o discurso de que parece haver, no âmbito de uma “democracia de opinião”, uma aliança entre sociedade civil, Poder Judiciário e os veículos midiáticos. A democracia, em seu sentido político-deliberativo, estaria em declínio e apelos por formas de democracia direta intermediada pelas tecnologias modernas estariam em alta. Nesse contexto nasce um direito baseado em negociação contínua (em uma ponderação eterna), do qual tanto o direito comum quanto o direito comunitário europeus são os dois exemplos mais vivos no momento atual. É no âmbito do primeiro que as críticas de

¹⁸⁷HAARSCHER, op. cit., p. 305. No original: “The idea of a *system* of clear and well-defined laws, without inconsistencies and lacunae (Perelman and Forier 1978; Haarscher and Ingber 1986; Perelman 1968), is based on the requirements of legal certainty, which is undoubtedly at the very basis of the correct functioning of a legal system. Such an idea underpinned the theses of the nineteenth century *École de l'Exégèse* (teaching and applying, in private law, the *Code Napoléon* and nothing else), and, in the twentieth century, Kelsen's *Pure Theory of Law*. Admittedly, such “paper rules” were criticized in various ways, in particular by the realist movements, first in Europe with François Géný in France, the *Interessenjurisprudenz* and the *Freirecht* movements in Germany, then the sociological jurisprudence and the realist movement in the United States; then, back on the Continent, with the Scandinavian realists and, in Belgium, Chaim Perelman and the School of Brussels. But it remains that these currents were – whatever their contributions to the analysis of the very nature of the process of judging and their awareness of the requirement of modern, complex societies – criticized from the point of view of the values (above all, legal certainty) that were associated with the concept of formal legality – and constituted at least a part of what Lon Fuller called the “inner morality of law” (Fuller 1964).”.

¹⁸⁸ Op. cit., p. 305-307.

¹⁸⁹ Haarscher (op. cit., p. 306) reporta-se a uma assim chamada *démocratie d'opinion*.

Haarscher, no que diz respeito à utilização da técnica de “ponderação de interesses” na seara dos direitos humanos, são aprofundadas. E é nessa parte, em especial, de sua reflexão que reside o nosso maior foco de interesse.

Haarscher¹⁹⁰ concede que os direitos humanos representam um avanço inegável nas democracias liberais contemporâneas, mas, ao mesmo tempo, reconhece que as críticas mais bem elaboradas acerca da possibilidade de que a emergência dos direitos humanos possa servir como uma escusa para o enfraquecimento do Direito, em geral, não são completamente infundadas. Ele se refere, nesse aspecto, à ascensão das ideias de subsidiariedade, proporcionalidade e ponderação de interesses no âmbito da Corte de Estrasburgo. A competência da Corte se estende aos quarenta e sete Estados signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa em 1950, com vigência a partir de 1953. Atualmente, qualquer indivíduo que acredite ter sofrido uma violação de direito previsto na Convenção por um Estado signatário pode levar o seu caso à apreciação da Corte de Estrasburgo. As condenações vinculam os Estados signatários, que estão obrigados a executar as medidas determinadas pelo órgão jurisdicional do Conselho. O texto da Convenção teve acrescido até a presente data dezesseis protocolos que tratam de uma série de direitos fundamentais não albergados pelo texto original.

A fim de mostrar as contradições levadas a efeito pela Corte de Estrasburgo, em virtude do modelo de argumentação jurídica por ela privilegiado, Haarscher¹⁹¹ promove uma breve análise de dois julgados específicos, ambos relacionados ao direito à liberdade de expressão, previsto no artigo 10º do texto original da Convenção.¹⁹² O primeiro deles é um caso de 1976 com a notação *Handyside v.*

¹⁹⁰ Op. cit., p. 307-308.

¹⁹¹ Op. cit., p. 308.

¹⁹² Na tradução oficial para o português, lê-se: “**ARTIGO 10º– Liberdade de expressão.** 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetida a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade

*United Kingdom*¹⁹³. O segundo é um caso de 1994 com a notação *Otto-Preminger Institute v. Austria*. No primeiro julgamento, há mais de 40 anos, a Corte adotou uma postura essencialmente liberal no que diz respeito à liberdade de expressão. Na decisão, ficou determinado que o direito em questão contempla a veiculação de ideias ofensivas, chocantes ou perturbadoras para o Estado e para qualquer setor da sociedade. A julgar pelo número de vezes que a jurisprudência da Corte de Estrasburgo fez referência à *ratio* firmada em *Handyside*, havia uma percepção bastante nítida de que se estava diante de um precedente horizontal.

No entanto, e aqui reside o problema, como a doutrina de ponderação de interesses, bastante difundida nos sistemas jurídicos de *civil law*, tem como pressuposto a noção segundo a qual inexistente hierarquia entre os direitos fundamentais (inclusive entre o rol de direitos listados na Convenção e nos protocolos adicionais), recorrer a uma lógica de precedente é algo pouco aconselhável. Esse pressuposto conduz a uma ponderação caso a caso, segundo as circunstâncias da situação apresentada à Corte. São as normas vigentes que se ajustam às circunstâncias do caso, portanto, e não as circunstâncias do caso que conduzem a uma formulação mais consequente das normas de Direito vigentes. Nesse sentido, entendemos que a ponderação de interesses pode tornar-se um processo essencialmente solipsista: o caso concreto ensinando os julgadores um pouco mais sobre... o caso concreto; o caso concreto se revelando não como uma instância reformulada do mesmo Direito que vem sendo aplicado em outras situações semelhantes, mas como uma exceção merecedora de tratamento especial.

Haarscher¹⁹⁴ observa que o modelo de argumentação jurídica introduzido pela ponderação de interesses é, inclusive, incompatível com a teoria da justiça de John Rawls, cujo número de adeptos na tradição romano-germânica hoje não é desprezível. Rawls estabeleceu algumas regras de prioridade no que concerne à ordenação de seus princípios de justiça, e essas regras são, em tudo, contrastantes

do poder judicial.”. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2017.

¹⁹³ Aqui temos o caso de um livro, traduzido para o português como “O Pequeno Livro Vermelho do Estudante” que encontrou algumas dificuldades de circulação em alguns países europeus, em especial no Reino Unido. O livro continha alguns argumentos questionadores em relação ao sistema educacional vigente na Europa ocidental e fazia menção considerada subversiva a temas como sexo, cigarro e álcool.

¹⁹⁴ Op. cit., p. 308.

com o pressuposto seguido pela Corte de Estrasburgo em alguns casos. No direito da Convenção Europeia há apenas uma consideração a esse respeito, a qual trata dos direitos irrevogáveis mesmo em situações de emergência (esses direitos contemplariam apenas o direito à vida, a vedação à tortura, a proibição do trabalho escravo e de outras formas de servidão e o princípio da legalidade penal), os quais, na prática, seriam hierarquicamente superiores aos demais direitos nela previstos.

Não se trata, a propósito, de uma rejeição inovadora à lógica predominantemente dedutivista do raciocínio jurídico moderno que, por muito tempo, inspirou as técnicas de decisão judicial mais em voga na tradição civilística. Pelo contrário, a lógica permanece dedutiva em sua natureza: a diferença é que, agora, a premissa maior e válida que conduz o raciocínio do julgador é mais de uma e elas precisam ser ponderadas caso a caso, acrescentando, dessa forma, um elemento de obscurantismo ao processo deliberativo. Esse modelo de raciocínio jurídico, tipicamente contemporâneo naquilo que valora a negociação e a flexibilidade, porém, não parece se prestar, opina Haarscher, a questões constitucionais ligadas a direitos fundamentais, em que, inversamente à expectativa, os assuntos mais politicamente conflagrados de uma sociedade acabam sendo decididos não em um foro de deliberação política e participativa, mas sim por uma classe aristocrática de julgadores. Curiosamente, o histórico de decisões da Corte de Estrasburgo é bastante favorável a posicionamentos que favorecem a perspectiva do indivíduo que alega ter sofrido a violação de direito fundamental, mas a invocação da ponderação de interesses nas *rationes* firmadas sugere que nada de definitivo pode ser dito acerca da aplicação da Convenção.

A crítica de Haarscher¹⁹⁵, a propósito, se dirige ao fato de, na prática, a Corte, às vezes, disfarçar interesses estatais (ou comunitários, dirá ele também) sob uma indumentária de direito subjetivo. Nessa toada, noções como “segurança nacional” ou “proteção dos valores morais” são traduzidos por “direitos da coletividade” ou das demais pessoas. Esse é a situação que ele busca ilustrar com o exemplo do caso *Otto-Preminger Institute v. Austria*. O Instituto Otto-Preminger tinha sede na cidade de Innsbruck, na Áustria, e funcionava como uma organização privada de fomento à produção audiovisual. Em 1985, o instituto anunciou que iria exibir em seis sessões o filme *Das Liebeskonzil* (“O Conselho do Amor”, em tradução livre), um filme de

¹⁹⁵ Op. cit., p. 309.

1982 baseado em uma peça de teatro de Oskar Panizza escrita em 1894 cujo conteúdo foi considerado, no século XIX, extremamente anticatólico¹⁹⁶. A exibição era restrita a pessoas com mais de 18 anos e o anúncio não veiculava imagens do filme, mas acompanhava um aviso de que a obra continha vulgaridades e de que alguns aspectos do credo católico seriam ridicularizados.

A Igreja Católica em Innsbruck conseguiu, judicialmente, a apreensão e o confisco das cópias em posse do Instituto, após este ter sido condenado por blasfêmia, de acordo com a legislação vigente na Áustria. Depois de esgotados todos os meios institucionais possíveis de reversão da decisão, o Instituto pôde, enfim, ingressar com ação na Corte de Estrasburgo, sob alegação de violação do artigo 10º da Convenção Europeia pelo Estado austríaco. Segundo Haarscher¹⁹⁷, vários grupos de direitos humanos estavam convencidos de que a Áustria seria condenada pelo Tribunal de Estrasburgo, o que resultaria no fim das legislações contra blasfêmia de todos os Estados signatários. No entanto, a Corte entendeu que não houve, por parte da Áustria, violação do artigo 10º. A argumentação da Corte se baseou na ponderação de interesses, tendo o Estado austríaco alegado que a exibição do filme violava o artigo 9º da Convenção, que protege a chamada liberdade de consciência (nesse caso, haveria violação da liberdade de consciência da maioria católica de Innsbruck). O caso, então, foi traduzido para a linguagem da colisão de direitos fundamentais (artigo 9º *versus* artigo 10º), tendo a Corte entendido que, naquela situação específica, deveria prevalecer o direito fundamental dos católicos em Innsbruck de não terem a sua consciência violada. Haarscher argumenta que uma outra maneira de ter caracterizado a colisão teria sido entre o direito fundamental à liberdade de expressão e uma legislação que é resquício de uma época em que o catolicismo era, na prática, a religião oficial da Áustria.

Antes de encerrar o seu texto, Haarscher faz um comentário esclarecedor acerca de suas ressalvas em relação às técnicas de ponderação de interesses, o qual transcrevemos abaixo:

Se o fato de se sentir ofendido, escandalizado ou incomodado por um discurso se torna (por meio de um truque jurídico habilidoso, por assim dizer) “liberdade de consciência”, nos parece que a

¹⁹⁶ A personagem da Virgem Maria, por exemplo, era uma prostituta que beijava o Diabo e o personagem de Jesus era sexualmente impotente.

¹⁹⁷ Op. cit., 309-310.

“ponderação de interesses” terá produzido as suas piores consequências. Claro, isso aumentaria a distância entre Europa e Estados Unidos pelo menos no que diz respeito a um direito fundamental protegido pela Primeira Emenda à Constituição. Logo, obviamente há um problema com essa ideia de direitos rivais e de mesma estatura mobilizados por indivíduos ou grupos de indivíduos, se essa relação “horizontal é nada mais do que a fachada, por assim dizer, de uma relação “vertical” ainda subsistente entre uma Igreja ainda dominante e o indivíduo.”. [tradução nossa]¹⁹⁸

4.3 PROPOSTA DE ESCALA PARA AFERIÇÃO DE POTENCIAL PARA FORMAÇÃO DE PRECEDENTE

Para encerrar este trabalho, gostaríamos de concluir com a apresentação de uma proposta metodológica que consiste no desenvolvimento de uma escala para aferição de potencial para formação de precedente de uma decisão judicial. Na definição de McIver e Carmines¹⁹⁹, uma escala é um indicador empírico para mensuração de um construto, que nada mais é do que um conceito teórico não suscetível de observação empírica direta. Para que esse conceito possa ser observável em alguma medida é preciso que ele seja claramente definido; uma forma de definição desse conceito, naquilo em que ele pode ser observado empiricamente, consiste no desenvolvimento de uma escala. No nosso caso, por exemplo, temos uma preocupação com o potencial para formação de precedente das decisões judiciais produzidas no sistema jurídico brasileiro após o início de vigência do novo Código de Processo Civil. Ao longo deste trabalho, procuramos mostrar que há razões que justificam essa preocupação, uma vez que a lógica que orienta a confecção da decisão muitas vezes não está atenta aos efeitos “precedenciais”²⁰⁰ da sentença ou do acórdão, por exemplo.

¹⁹⁸ HAARSCHER, op. cit., p. 310. No original: “If the fact of being offended, shocked, or disturbed by an expression becomes (by a legal conjuring trick, so to speak) “freedom of conscience,” it seems that the “balance of interests” will have produced its worst perverse effects. Of course, this would enlarge the gap between Europe and the United States as far as a right protected by the First Amendment to the federal Constitution is concerned. So there is obviously a problem with such an idea of equal and competing rights claimed by individuals or groups, if such a “horizontal” relationship is simply, so to speak, the facade of surviving “vertical” relations between a still dominant church and the individual.”.

¹⁹⁹ McIVER, John P.; CARMINES, Edward G. **Unidimensional Scaling**. Newbury Park, London, New Delhi: Sage Publications, 1981. – (University Paper Series. Quantitative Applications in the Social Sciences – n. 07-024). p. 7.

²⁰⁰ O neologismo vem sendo utilizado pela Associação Paulista de Magistrados (Apamagis) e, suponho, em breve será de uso corrente em nosso vocabulário jurídico, muito embora o

Em outras palavras, o fenômeno “potencial para formação de precedente” não é algo empiricamente observável sem a intermediação direta de quem quer observá-lo. Quem busca observar esse alegado potencial, então, deve defini-lo conceitualmente. Se ele pretende ir além e anseia se debruçar sobre a distribuição, as causas, consequências e correlações associadas ao fenômeno no decorrer do tempo, por exemplo, ele provavelmente precisará de uma escala para aferição e constatação de variações. Na prática, o instrumento é mais comum do que o estudioso do Direito pode imaginar: há escalas para medir a confiança nas instituições políticas, para prever hábitos de consumo compulsivos e para indicar o quão deprimido está um paciente; e realistas jurídicos norte-americanos desenvolvem escalas para aferição de ideologia do julgador (mais liberal – mais conservador, sendo um exemplo).²⁰¹

No nosso caso, por exemplo, acreditamos que pode ser útil observar com que frequência órgãos jurisdicionais A, B ou C proferem decisões com elevado potencial para formação de precedente. Além disso, pode ser útil acompanhar se houve um aumento relativo ou não no número de decisões com elevado potencial para formação de precedente nos períodos subsequentes à vigência do novo Código (e, desse modo, poder mensurar em que medida ele introduziu mudanças que foram de fato colocadas em prática, por exemplo). Em uma etapa posterior, ainda, em que a escala tenha passado por etapas de validação que autorizem o seu uso em um contexto mais ampliado, é possível identificar que decisões, apesar de seu elevado potencial precedencial, não vêm sendo observadas como vinculantes por órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior e conduzir estudos ou pesquisas acerca dos

Vocabulário Oficial da Língua Portuguesa mantido pela Academia Brasileira de Letras ainda não registre a adjetivação do substantivo por derivação imprópria do adjetivo “precedente”.

²⁰¹ Lee Epstein, por exemplo, “aferiu” que Kagan era o membro mais liberal da Suprema Corte norte-americana, seguida muito de perto de Sotomayor e de Ginsburg (70,4%, 69,9% e 68,9% das decisões das três, respectivamente, foram consideradas liberais). Breyer estaria no meio do caminho entre uma postura mais liberal e uma postura mais moderada, com 58,9% das decisões tidas como liberais. Anthony Kennedy conseguiu ocupar o centro aritmético da escala: 50% de decisões liberais. Entre os conservadores, Roberts e Scalia (agora falecido) eram os “mais” liberais (com 44,6% de decisões liberais), Thomas era o segundo mais conservador (40,5% de decisões liberais) e Alito o mais conservador (39,7% de decisões liberais). Epstein precisou de definições de “liberalidade” para mensurar o fenômeno. Mais detalhes do estudo podem ser consultados em: < <https://www.nytimes.com/2014/06/27/upshot/a-more-nuanced-breakdown-of-the-supreme-court.html>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

fatores que motivam a inobservância do precedente, sinalizando, inclusive, para a necessidade de sua revisão nas instâncias superiores.

Nas classificações tradicionais sobre o desenvolvimento de escalas, surgem dois tipos principais: escalas multidimensionais e escalas unidimensionais.²⁰² Para a nossa proposta, em que só se pretende avaliar o potencial para formação de precedente da decisão, recomenda-se o desenvolvimento de uma escala unidimensional: os dados selecionados terão por objetivo apenas dar voz à dimensão que se quer analisar (ainda que, em outros contextos, esses mesmos dados possam dar voz a outras dimensões: o dado “poucas horas de sono” pode servir tanto para uma escala sobre insônia, como para uma escala sobre “efeitos do uso da cafeína”, como também para uma escala sobre “jornadas de trabalho exaustivas”). Além disso, no que diz respeito às técnicas de desenvolvimento de escala, utilizaremos aquela que é considerada como a de maior apelo intuitivo, uma vez que os seus escores finais são obtidos pela simples soma dos escores de cada item da escala. Essa técnica é conhecida como escala de Likert.²⁰³

A escala Likert é de uso comum em pesquisas de opinião. Em geral, são apresentados cinco itens com escores crescentes. As mais comuns são aquelas que começam com “discordo totalmente” e terminam com “concordo totalmente”. É possível eliminar a opção “indiferente” ou “neutra” para evitar algumas distorções ou vieses. No caso do instrumento que propomos aqui, como o seu preenchimento deverá ser feito pelo próprio estudioso do objeto (ele “falará”, então, em nome da decisão judicial analisada), boa parte das limitações relacionadas ao sujeito respondente são minimizadas. Abaixo, apresentamos a nossa proposta de instrumento, para posterior validação, em projeto de pesquisa subsequente. Em grande parte, os escores atribuídos às possibilidades de resposta estão respaldados por tudo o que foi dito até aqui, mas, na medida em que se fizer necessário, apresentaremos alguns esclarecimentos complementares. Em nome da clareza, excluimos de nossa apreciação as situações cuja competência seria das justiças especializadas (Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Justiça Militar) e dos juizados especiais.

²⁰² McIVER; CARMINES, op. cit., p. 13.

²⁰³ McIVER; CARMINES, p. 22-40.

Quadro 1. Proposta de Instrumento para Escala de Potencial de Formação de Precedente da Decisão Judicial.

1 – Origem da decisão. Selecione a opção que melhor reflita a origem da decisão judicial em questão.

- (0) Decisões em primeira instância.
- (1) Decisões em segunda instância.
- (2) Decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

2 – Matéria. Selecione a opção que melhor reflita a matéria predominante a ser julgada.

- (0) Direito privado.
- (1) Direito público.
- (2) Direito constitucional.

3 – Participação de *amicus curiae*. Selecione a opção que melhor reflita a participação ou não de *amicus curiae*, nos termos do art. 138 do Novo Código.

- (0) Não houve participação de *amicus curiae*.
- (1) Houve participação de um ou mais *amici curiae*, mas com posicionamentos favoráveis a apenas um dos polos do litígio.
- (2) Houve participação de mais de um *amicus curiae*, com representatividade para os dois polos do litígio.

4 – Composição das partes. Selecione a opção que melhor reflita a composição das partes no processo.

- (0) Não houve litisconsórcio ativo ou passivo.
- (1) Houve litisconsórcio em um dos polos.
- (2) Houve litisconsórcio nos dois polos ou tratou-se de ação civil pública ou de ação em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

5 – Composição da decisão. Selecione a opção que melhor reflita a composição da decisão, no que tange à parte dispositiva.

- (0) Decisão monocrática.

(1) Decisão de órgão colegiado, com maioria composta por até de 2/3 dos membros votantes.

(2) Decisão de órgão colegiado, com maioria composta por mais de 2/3 dos membros votantes.

6 – Composição da *ratio*. Selecione a opção que melhor reflita a composição da *ratio decidendi*.

(0) Decisão monocrática ou decisão colegiada com fundamentação dispersa.

(1) Decisão colegiada com fundamentação em concentração submáxima.

(2) Decisão colegiada com fundamentação em concentração máxima.

7 – Coesão da fundamentação. Selecione a opção que melhor reflita a coesão da decisão.

(0) Decisão monocrática.

(1) Decisão colegiada, com ementa inapta a elucidar uma única *ratio*.

(2) Decisão colegiada, com ementa apta a elucidar uma única *ratio*.

8 – Âmbito da decisão. Selecione a opção que melhor reflita o âmbito da decisão.

(0) Decisão monocrática.

(1) Decisão de órgão fracionário.

(2) Decisão de órgão Pleno.

9 – Natureza argumentativa. Selecione a opção que melhor reflita a natureza metodológica da decisão (considerar o voto do Relator ou Relator para o Acórdão para as opções 1 e 2).

(0) Decisão monocrática.

(1) O argumento principal do voto gira em torno da técnica de ponderação de interesses.

(2) O argumento principal do voto não gira em torno da técnica de ponderação de interesses.

10 – Repercussão da decisão. Selecione a opção que melhor reflita a repercussão da decisão.

- (0) A decisão teve pouca ou nenhuma repercussão ou, tendo repercutido, foi **apenas** de modo a realçar alguma espécie de idiossincrasia do julgador ou de modo a suscitar algum clamor público.
- (1) A decisão teve repercussão não-negligenciável em veículos de difusão para o meio jurídico.
- (2) A decisão teve muita repercussão, inclusive sendo amplamente comentada por veículos de difusão voltados para o cidadão leigo.

Como regra geral para aplicação do instrumento, consideramos que as opções com escores mais elevados devem prevalecer sobre as opções com escores menos elevados nas situações em que duas respostas, para um mesmo item, sejam factíveis. No caso do item 1, por exemplo, uma decisão em instância única do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, deverá ter o escore mais alto a ela atribuído. Em outros itens do instrumento, o fato de a decisão ter ocorrido em primeira ou segunda instância acabará ressurgindo de maneira indireta em outros itens, ensejando escores menores: a decisão pode ser monocrática ou oriunda de órgão fracionário, por exemplo, o que a torna menos “potente”, por assim dizer, do que uma decisão do mesmo tribunal, mas que tenha sido pronunciada por órgão colegiado ou pelo Pleno, respectivamente.

Para o segundo item, o mesmo raciocínio prevalece: questões constitucionais são, via de regra, questões de Direito Público, mas devem ter o escore máximo atribuído, porque se supõe que uma das fontes de estabilidade do sistema jurídico seja, precisamente, a sua Constituição. Nesse mesmo sentido, questões de Direito Público fariam jus a um escore maior do que questões de Direito Privado, uma vez que os aspectos de segurança jurídica associados a temas de Direito Público costumam estar mais diretamente ligados a questões que põem em risco alguns direitos fundamentais de aplicação menos flexível (o Direito Penal parece ser o exemplo mais paradigmático do que queremos dizer, mas, em alguma medida, o mesmo pode ser dito de ramos como Direito Tributário, Direito Administrativo ou Direito Processual: no léxico do contratualismo clássico, são casos em que os súditos precisam saber o que o Soberano espera deles).

Para o terceiro e quarto itens, considerou-se que a participação de um maior número de pessoas na construção da decisão judicial confere maior legitimidade a ela. Em grande parte dos julgamentos em sede de controle concentrado de

constitucionalidade, a participação dos *amici curiae* é incentivada, por exemplo. Por sua vez, em relação ao litisconsórcio, os desdobramentos oriundos da eventual superação de um precedente firmado em sede de uma *class action*, por exemplo, são maiores, *ceteris paribus*, do que os oriundos de um litígio com a participação de apenas uma pessoa no polo ativo e de uma pessoa no polo passivo. Pela natureza da ação civil pública em nosso ordenamento jurídico, optou-se por atribuir-lhe o escore máximo para o item quatro. No item cinco, utiliza-se um critério privilegiado pela própria Constituição ao tratar das súmulas vinculantes: 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal devem votar em seu favor para que ela seja aprovada.

Nos itens seis e sete, algumas distinções devem ser delineadas. No caso do item seis, aplica-se, em sua literalidade, a classificação adotada por Klafke e Pretzel, que leva em conta o extrato de ata e o conteúdo dos votos juntados ao acórdão em seu inteiro teor. Para o item sete, leva-se em conta a redação da ementa propriamente dita. Se a ementa permitir, por si só, a elucidação de uma *ratio decidendi* única, então o escore atribuído no item sete será o escore máximo. Naturalmente, uma correlação positiva poderá surgir entre os itens seis e sete: um número estatisticamente relevante de decisões com escore máximo no item seis também irão receber o escore máximo quando da apreciação do item sete. Esse aspecto não invalida a escala: a bem da verdade, a decisão com potencial para formação de precedente ideal receberia o escore máximo em todos os itens.

Um último esclarecimento a esse respeito: os itens seis e sete diferem do item cinco na medida em que se ocupam da fundamentação da decisão e não da parte dispositiva da sentença ou do acórdão. É dizer, no item cinco, apreciamos a parte dispositiva da sentença em seu aspecto quantitativo – tantos votos conhecem da ação e tantos votos dão provimento ao pedido. Para o item cinco, inclusive, é possível derivar múltiplas aplicações do instrumento para uma mesma sentença ou acórdão: uma aplicação relativa ao conhecimento do pedido, outra aplicação referente ao provimento do pedido e aplicações relacionadas a provimentos parciais de pedidos. É possível, assim, firmar precedente em relação às *rationes* que motivaram o conhecimento ou não do pedido, o provimento integral do pedido, o seu provimento parcial ou o seu desprovimento integral.

O item oito nos parece autoexplicativo. Apenas uma ressalva em relação ao órgão especial previsto no art. 93, XI, da Constituição de 1988, para os casos de tribunais com mais de vinte e cinco julgadores: aqui, atribui-se o escore máximo, já

que o órgão está em exercício de competência que seria do Plenário. Os órgãos fracionários, nesse sentido, seriam, na nomenclatura tipicamente adotada no Brasil, as Turmas e Câmaras dos tribunais. Os itens nove e dez demandam uma maior atenção do aplicador e são mais suscetíveis a distorções ou vieses. Para a elaboração das opções do item nove, a nossa hipótese, que leva em consideração um julgador que age em boa-fé, parte do pressuposto de que decisões com a técnica de ponderação de interesses estabelecem, tacitamente, os próprios limites de sua aplicabilidade. É como se o julgador reconhecesse se tratar de um caso particularmente difícil, mas que precisou ser decidido eventualmente e que, nas circunstâncias que foram possíveis apreciar, concluiu-se que o interesse A deveria prevalecer sobre o interesse B. Nesse sentido, a decisão traria em seu bojo um “sinal de aviso”: pela especial natureza do caso, acreditamos que o potencial dessa decisão para formação de precedente deve ser relativizado.

Por último, em relação ao item dez, supõe-se que o aplicador do instrumento possuirá algum grau de familiaridade com o meio jurídico. Nesse contexto, ele será capaz de aferir se a decisão se situa no âmbito da opção com escore neutro ou nos escores subsequentes. No escore intermediário, a repercussão da decisão é tal que um profissional do Direito típico teria tomado conhecimento de sua adoção. No escore superior, a repercussão é tal que um cidadão relativamente bem-informado teria tomado conhecimento de sua adoção. Excluíram-se do âmbito de aplicação das opções (1) e (2) as decisões que repercutiram pelo seu aspecto idiossincrático, mas cujas chances de reforma ou revisão são consideráveis. Tipicamente, são aquelas situações que seriam consideradas *fait divers*: o juiz que escreve na sentença que o marido deve participar das tarefas domésticas ou que a prefeitura deve permitir a construção de um túmulo para o cachorro de rua que era considerado a mascote da cidade.²⁰⁴ Também foram excluídas as decisões que repercutiram apenas (o advérbio aparece em destaque na proposta de instrumento) em razão de seu conteúdo sensacionalista: a condenação do filho que matou os pais ou do assassino em série que enterrava as vítimas num parque público.

Regras de balizamento mais detalhadas costumam surgir em etapas de validação dos instrumentos, algo a que não nos propusemos a fazer neste trabalho. A seguir, demonstramos a aplicação do instrumento para uma decisão específica,

²⁰⁴ Os dois exemplos são hipotéticos. Muitas vezes a repercussão se dá pelo que foi dito em sede de *obiter dictum* do que pela *ratio* propriamente dita.

anterior ao início de vigência do novo Código de Processo Civil, mas, em grande medida, antecipadora de seu espírito.

4.3.1 Potencial para formação de precedente na Reclamação 4.335/AC: uma aplicação da escala proposta²⁰⁵

Para conclusão deste capítulo final, procedemos agora à aplicação do instrumento proposto ao acórdão da Reclamação 4.335/AC. A escolha do julgado não foi completamente aleatória: a leitura de alguns de seus votos serviu de ponto de partida para alguns dos temas discutidos neste trabalho. De qualquer maneira, como a sua utilização é apenas ilustrativa (e, nesse aspecto, não busca corroborar nenhuma hipótese sobre o potencial precedencial de decisões do STF, por exemplo), não incorreremos em nenhum risco significativo relacionado a distorções ou vieses. A título de rápida apresentação, o julgado trata do direito à progressão de regime nas condenações por crimes hediondos, algo que o Plenário STF já havia reconhecido no julgamento do *Habeas corpus* 82.959/SP ao declarar inconstitucional, em controle difuso, o §2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 (a Lei de Crimes Hediondos).

Algum tempo após à decisão, o Plenário do STF também aprovou a Súmula Vinculante n. 26, a qual segue a mesma orientação da *ratio* firmada no HC 82.959/SP. Anteriormente à edição da Súmula Vinculante, mas posteriormente ao julgamento do HC supracitado, porém, um juiz de execução penal no estado do Acre negou uma série de pedidos de progressão de regime para detentos que cumpriam pena por crime considerado hediondo. O juiz do Acre alegava que, como a declaração de inconstitucionalidade do STF havia ocorrido em sede de controle de constitucionalidade difuso, a suspensão da eficácia da norma declarada inconstitucional dependeria de ato do Senado Federal, conforme estipulado pela Constituição de 1998 no art. 52, inciso X. Em razão das decisões denegatórias de progressão de regime, a Defensoria Pública da União decidiu apresentar

²⁰⁵ Para consulta ao acórdão, conferir: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335/AC – Acre. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

Reclamação ao STF, instrumento cujo cabimento à época era controverso. Feitas essas considerações, passemos à aplicação do instrumento.

Em relação aos itens 1 (decisão do STF) e 2 (sobre direito constitucional) do instrumento, seria atribuído o escore máximo. Em relação aos itens 3 e 4, seria atribuído o escore nulo. Para o item 5, atribuímos o escore intermediário, uma vez que quatro dos onze Ministros do STF votaram pelo não-conhecimento da Reclamação e os outros seis pelo seu conhecimento e pelo provimento do pedido. Já em relação ao item 6, o escore atribuído é o intermediário, porque houve decisão colegiada em concentração submáxima. No total, dez dos onze Ministros votaram no julgamento da Reclamação em análise (a Ministra Carmen Lúcia ausentou-se na sessão em que apresentaria seu voto). Dos dez votos, quatro não conheciam do pedido. Um aspecto curioso, porém, ressaltai dos demais votos: os dois votos iniciais (dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau), conheciam da Reclamação antes mesmo da edição da Súmula Vinculante n. 26. Os quatro votos finais a favor do provimento da Reclamação, porém, só a conhecem porque, quando de sua declaração, a Súmula Vinculante n. 26 já havia sido aprovada. Ou seja, dois votos afirmam que a desobediência em relação à *ratio* firmada no HC 82.959/SP já ensejaria o conhecimento da Reclamação, enquanto outros quatro afirmam que o que enseja o seu conhecimento é a edição de Súmula Vinculante, a qual, porém, foi aprovada após o ajuizamento da causa em análise.

Outra discordância separa os seis votos da chamada “maioria”. Mendes e Grau alegaram ter ocorrido a chamada “mutação constitucional” no que tange à disposição do inciso X do art. 52 da Constituição de 1988. Os outros quatro Ministros da maioria (Zavascki, Barroso, Weber e Mello) acreditam que não é possível falar em “mutação constitucional” – o que Mendes e Grau estariam propondo seria, na prática, uma nova redação do inciso em questão. Porém, tendo em vista a aprovação superveniente da Súmula Vinculante n. 26, na opinião dos quatro Ministros do “bloco Zavascki”, dava-se provimento ao pedido, com a sugestão de que o art. 52, X, do texto constitucional continuava em vigência, mas que as decisões do STF sobre inconstitucionalidade de norma jurídica, mesmo em controle difuso, são dotadas de eficácia expansiva e universalizante (*ultra partes*). Na corrente vencedora, então, tivemos duas *rationes* identificáveis, uma enunciada por Mendes (e acompanhada por Grau) e outra enunciada por Zavascki (e acompanhada por Barroso, Weber e Mello). Uma das correntes vencedoras,

portanto, teve mais de metade dos votos da corrente vencedora (quatro dos seis votos), o que seria suficiente para caracterizar uma decisão com fundamentação em concentração submáxima.

Em relação ao item 7, note-se que a redação da Ementa coube ao gabinete do Ministro Gilmar Mendes. O texto da Ementa não faz menção à tese de “mutação constitucional”, a qual recebeu o aval de apenas dois ministros. Mas, por outro lado, ela não deixa claro se foi dado provimento ao pedido em razão da edição da Súmula Vinculante n. 26 ou se a invocação do referido enunciado se deu apenas no que diz respeito à possibilidade de conhecimento do pedido. Nesse sentido, ela acrescenta como tese relevante para o provimento do pedido o chamado “efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso” e o decorrente “caráter expansivo da decisão” tomada naquela seara. Em outras palavras, a ementa não é apta a dizer se essa última tese seria suficiente para o provimento do pedido e a invocação da Súmula teria sido justificada apenas para dar conhecimento ao pedido, ou se, sem a edição da Súmula seria possível apenas conhecer do pedido, sem, no entanto, dar-lhe provimento.²⁰⁶ Por essas razões, atribuímos ao item 7 o escore intermediário.

Por fim, para o item oito foi atribuído o escore máximo, assim como para o item nove, uma vez que, no voto do Relator, não se fez alusão à técnica de ponderação de interesses na justificação da decisão. Para o último item, atribuímos o escore intermediário, porque a decisão teve repercussão considerável nos veículos de difusão de conhecimento jurídico, inclusive com entrevistas do então Ministro Teori Zavascki ao Portal Consultor Jurídico sobre o teor de seu voto. No quadro abaixo, é possível observar o escore atribuído em cada um dos itens e o escore final (soma aritmética dos escores de cada item) obtido pela Reclamação 4.335/AC.

Quadro 2. Aplicação da Escala: Reclamação 4.335/AC.

| | |
|--------|---|
| Item 1 | 2 |
| Item 2 | 2 |
| Item 3 | 0 |

²⁰⁶ Destaque-se que os quatro Ministros que não conheceram do pedido (Pertence, Barbosa, Lewandowski e Marco Aurélio) concederam *habeas corpus* de ofício aos condenados que haviam tido seus pedidos de progressão de regime negados.

| | |
|--------------|----|
| Item 4 | 0 |
| Item 5 | 1 |
| Item 6 | 1 |
| Item 7 | 1 |
| Item 8 | 2 |
| Item 9 | 2 |
| Item 10 | 1 |
| Escore final | 12 |

4.3.2 Proposta de interpretação dos resultados da escala

Para fins de interpretação da escala, nossa proposta inicial, sujeita a validação posterior com um número de decisões estatisticamente significativo, considera as 21 possibilidades de escore que o instrumento admite (de 0 a 20, sempre com números inteiros). Essas 21 possibilidades seriam igualmente distribuídas em três faixas de potencial para formação de precedente: baixo, médio e alto potencial seriam os nomes de cada uma das três faixas. Na faixa de baixo potencial para formação de precedente, estariam as decisões com escores de 0 a 6. Na faixa de médio potencial, as decisões cujos escores ficassem entre 7 e 13. Por fim, na faixa de alta potencial, estariam as decisões de escores entre 14 e 20. No caso da Reclamação 4.335/AC, portanto, estaríamos diante de uma decisão de médio potencial para formação de precedente. Intuitivamente, nos parece que, ao menos nesta primeira aplicação, a escala parece indicar algo que corresponde às expectativas de pessoas familiarizadas com as discussões sobre uniformização de jurisprudência.

Em primeiro lugar, trata-se de um caso julgado pela mais alta instância judicial do país e em matéria de direito constitucional. A Reclamação foi apreciada pelo órgão julgador de que fazem parte todos os membros do Tribunal e, nos votos que compuseram a maioria, não houve alusão a dificuldades específicas do caso que recomendassem cautela em relação à solidez do que ficou decidido. Nesse sentido, a decisão tinha um alto potencial para formação de precedente. Por outro lado, porém, a maioria, em relação à parte dispositiva, não era significativa (seis Ministros

em uma corte com onze membros), a fundamentação da parte vencedora apresentava algum grau de dispersão no que diz respeito aos argumentos utilizados e a ementa não demonstrava com clareza a *ratio decidendi* que deveria ser tomada como “a opinião da Corte”. Além disso, não houve, no julgamento, participação de setores da sociedade que pudessem ter uma opinião relevante acerca das repercussões da decisão em um sentido ou em outro (um exemplo disso é que nem o próprio Senado Federal, assunto obrigatório de todos os votos, foi chamado a se pronunciar). Essas considerações nos parecem suficientes para utilização do instrumento proposto em testes com universos amostrais maiores, a fim de uma validação e eventual reformulação da escala e utilização em projetos de pesquisa com foco na mecânica do precedente na prática judicial brasileira. No quadro a seguir, sintetizamos a nossa proposta de interpretação.

Quadro 3. Proposta de interpretação da escala.

| | |
|--------------------|---|
| Escores de 0 a 6 | Baixo potencial para formação de precedente |
| Escores de 7 a 13 | Médio potencial para formação de precedente |
| Escores de 14 a 20 | Alto potencial para formação de precedente |

CONCLUSÕES

Há uma percepção crescente, em grande parte impulsionada pelas heterodoxias mais coerentes da tradição filosófica romano-germânica, de que, inescapavelmente, vivemos em uma ordem imaginada. As possibilidades da criatividade humana estão ancoradas em uma espécie de pântano de desejos, ideias, lamentos, símbolos e tabus que, muitas vezes, limitam a nossa capacidade de enxergar além do que está ao alcance imediato dos nossos sentidos. Tradições são uma espécie de dádiva na medida em que conferem ao mundo físico uma possibilidade de fazer sentido, na medida em que estruturam as nossas crenças e comportamentos em uma indumentária de ordenação exaustiva que nos permite agarrar-se a alguma aparência de segurança sobre o que será do milésimo de segundo seguinte. Quando elas deixam de prestar esse serviço, há algo de errado na maneira que nos reportamos a ela, há algum elemento ocultado que nós paramos de invocar porque, por um tempo, ele atuou mais como um dado disruptivo do que como a exceção que confirmava a regra.

Nesses casos, a ordem passou muito tempo sem ser “reimaginada”. O repensar de alguns pressupostos representaria uma meia-volta muito custosa: admitir que o Direito, em essência, é um saber prático milenar, essencialmente argumentativo, sem, porém, fechar os olhos para os desdobramentos de uma modernidade que conduziu a uma massificação sem precedentes da relação do indivíduo com o *nomos* e com a *polis*, seria como abandonar muitas das crenças mais fundamentais em nossa ortodoxia. O Direito é uma ciência, a ordem natural das coisas confere a cada ser humano uma dignidade inviolável e a justiça é o valor mais proeminente do Direito são algumas dessas verdades que, a despeito de seu apelo estético, podem nos empurrar em calabouços demasiadamente obscuros. Hoje, estamos autorizados a crer, já se sabe (no sentido mais astuto da “sabedoria”, *wisdom*) mais do que ontem, e se o jurista olhar um pouco mais para o que vem sendo produzido por seus pares de outras cátedras, ele adquirirá alguma segurança para reformular seus dogmas.

Aqui, seria mais razoável dizer que o Direito é um conjunto de experiências, saberes e práticas que resultam em alguns fenômenos que podem prestar-se a algum tipo de investigação que se suponha científica. Seria razoável reconhecer também que, a caminho da terceira década do século XXI, faz pouco sentido achar

que um ramo do saber consiste em Ciência pela simples vontade de sistema. Em nossa tradição, a crença de que o Direito é uma ciência tem servido muito mais a que o jurista se invista de um jargão que o faça soar como um sábio pitagórico a demonstrar uma conclusão lógica (a qual, muitas vezes, é essencialmente a revogação da lógica), do que para dotar seus produtos finais de maior certeza. Se a crença servisse, ao contrário, para investir o julgador de um espírito científico mais condizente com o *Zeitgeist*, por assim dizer, que o obrigasse a induzir, a decompor empiricamente a demanda e a confrontar-se com as consequências práticas de sua própria deliberação, estaríamos em melhor posição.

Não há dúvida, por outro lado, de que as vertentes éticas deontológicas são as que prestam o melhor serviço no que se refere ao convite à reflexão por meio de fábulas admonitórias: é precisamente este ou aquele o destino que nos espera se nos recusarmos a encarar agora os dilemas morais que o atual momento nos apresenta. Esse é um convite para a humanidade como um todo. Mas, pela vastidão de seu escopo, não é, necessariamente, um manual de instruções muito factível para o jurista. Em especial, quando esse mesmo manual é utilizado, com muita frequência, em versões cujo conteúdo, nos dias atuais, é simplesmente ilusório (para não dizer desonesto, do ponto de vista intelectual, já que, muitas vezes, os estudantes de Direito parecem ser os únicos a não terem recebido o convite para os saraus pós-estruturalistas ou afins). Até onde seja possível ao conhecimento humano chegar, a natureza não tem nenhum especial apreço pela espécie humana. A sabedoria humana nos conta uma história mais verossímil: em nossas ordens imaginadas, faz algum sentido prático considerar que a nossa espécie é dotada de uma dignidade que nós consideraremos, para todos os efeitos, intrínseca; fora das nossas ordens imaginadas, não há razões para supor que isso tenha alguma relevância. Se isso for suficiente para nos recordar de que, por um lado, as vertentes éticas deontológicas têm um papel fundamental na condução de nossos macrociclos, sem negar, por outro lado, que o Direito, enquanto saber prático, não se pode furtar a reconhecer seus próprios caracteres utilitaristas, um passo importante terá sido dado.

Diremos o mesmo sobre o nosso anseio por justiça, um elemento comum a todas as ordens imaginadas de que se tem notícia, mas que, na nossa ordem especificamente, se supôs que o Direito fosse capaz de dar respostas finais. Não se nega que os traços que distinguem moral e Direito são construções humanas,

presas a circunstâncias espaciais e temporais. Não se nega que, muitas vezes, os esforços de individualização de ambos pecam pela artificialidade e pelo solipsismo das soluções. Mas tampouco se nega que uma sinonímia perfeita entre as duas esferas é um objetivo inalcançável e, logicamente, desconstitutivo da própria diferença que, funcionalmente, sempre existiu entre elas. Em alguma medida, esses esforços unificadores, ainda legatários de um desejo de metafísica, empurram todas as nossas expectativas para uma instituição que faria melhor o seu serviço se admitisse o seguinte: uma solução provisória, que evite um estado de dúvida paralisante, é tudo o que somos capazes de oferecer; soluções mais definitivas são algo que, em última instância, apenas os jurisdicionados podem fazer por eles mesmos. E é um pouco dessa angústia que vimos em *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*: nos parece injusto que um casal homoafetivo não consiga encomendar um bolo de casamento e nos parece injusto que um órgão administrativo possa coagir um confeitiro cujas crenças religiosas supostamente colidem frontalmente com a união de pessoas do mesmo sexo a confeccionar este bolo.

Essas três considerações parecem mais em linha com um modelo de raciocínio jurídico que não sobrevalorize os seus próprios dogmas e, cujo arcabouço institucional seja mais aberto a reformulações. No contexto de adoção de um novo Código de Processo Civil e de necessidade de desafogamento do Poder Judiciário brasileiro, as técnicas judiciais mais utilizadas no contexto da mecânica do precedente, conhecidas do juiz de sistemas jurídicos de *common law*, surgem como oportunidades (como tecnologias, mesmo) razoáveis. O confronto, nesse aspecto, entre o caso a ser julgado pela Suprema Corte norte-americana e o caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal explorados neste trabalho, é sintomático, não apenas pelo que há de contrastante entre as duas racionalidades, mas também pelo que há de convergente: em um determinado momento, por exemplo, o então Ministro Sepúlveda Pertence reflete que, se o STF conhecer da Reclamação naquelas circunstâncias, em pouquíssimo tempo, qualquer coisa que qualquer membro da Corte disser a título de *obiter dictum* poderá ser objeto do instrumento jurídico em questão. Completo com uma curiosidade: a Reclamação, originalmente,

é uma construção jurisprudencial do próprio STF – apenas, posteriormente, incorporou-se ao texto constitucional.²⁰⁷

Por suposto, a exploração dessas oportunidades implica uma superação de um certo modelo individualista do julgador em nossa cultura, que, acreditamos, possui alguma vinculação à noção de que o ofício por ele praticado é um ofício científico (em um sentido antiquado da palavra “ciência”, por óbvio, já que hoje ela é, cada vez mais, vista como uma obra coletiva, e ainda que os periódicos científicos em nossa área tenham limitações impeditivas em relação ao número de autores que são aceitos por artigo científico). Além disso, ela requer também um repensar do modelo predominante de argumentação jurídica no *civil law* constitucionalizado do século XXI, que é a técnica de ponderação de interesses. Ela tem uma aplicabilidade que é de inquestionável serventia quando o Direito, por si só, não tem respostas (e o caso referido do bebê inglês que tinha um problema neurológico gravíssimo é um deles); mas é preciso reconhecer que, na maior parte dos casos, o Direito é suficiente – se não o for, ele perde um pouco da sua razão de ser: nesse caso, os sábios da Torre de Marfim dariam conta do problema.

A proposta de uma escala para aferição da força do precedente é um esforço modesto, nesse sentido. Sua utilização, após validação metodologicamente controlada, pode fornecer um repertório faltante às reflexões jurídicas atuais, a saber: dados empíricos sintetizados, passíveis de apresentação estatística. Em nenhuma medida, esse repertório dá conta de nossas necessidades mais profundas enquanto área do conhecimento, mas ele indica alguma possibilidade de diálogo com o que se produz cotidianamente no mundo acadêmico. Ele pode servir, inclusive, para sinalizar os pontos de maior entrave na resolução eficiente e tempestiva de litígios em nosso sistema jurídico. O STF, certamente, a julgar pela amplitude de sua competência e pela vocação de nosso senso comum jurídico em “constitucionalizar” todas as questões da vida nacional, é um desses pontos de entrave. Não surpreende, então, que os votos para que as disposições sobre uniformização de jurisprudência no novo CPC produzam os efeitos desejados sejam, apropriadamente, carregados de algum otimismo. Se é verdade que quanto mais se quer, melhor se quer, então o momento atual parece ser um bom começo.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Reclamação constitucional garante a preservação de competência do STF. **Notícias STF**, 30 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=271852>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADELEYE, Gabriel G.; ACQUAH-DADZIE, Kofi. **World dictionary of foreign expressions**: a resource for readers and writers. Wauconda, US: Bolchazy-Carducci Publishers, 1999.

ANDERSON, R. Lanier. Nietzsche's Will to Power as a Doctrine of the Unity of Science. *Studies in History and Philosophy of Science*, v. 25, n. 5, p. 729-750.

BILEFSKY, Dan. Charlie Gard Dies, Leaving a Legacy of Thorny Ethics Questions, **The New York Times**, 28 jul. 2017. Disponível em: <<https://nyti.ms/2h9vt4x>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

BJARUP, Jes. Natural Law Theory and Legal Positivism. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (Eds.). **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford, UK: Blackwell Publishing, 2005. – (Blackwell philosophy guides; 18).

_____. The Philosophy of Scandinavian Legal Realism, **Ratio Juris**, v. 18, n. 1, p. 1-15, 2005. Disponível em: < <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9337.2005.00282.x/pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil** [recurso eletrônico]: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nºs 1/1992 a 96/2017, pelo Decreto legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas constitucionais de revisão nºs 1 a 6/1994. 52ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017. (Série textos básicos; n. 139 EPUB).

_____. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2017b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil, Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. “Reclamação constitucional garante a preservação de competência do STF. **Notícias STF**, 30 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=271852>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335/AC – Acre. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

CANÁRIO, Pedro. Caminhamos a passos largos para o *common law*, afirma Teori Zavascki. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONJUR. Novo CPC entrará em vigor no dia 18 de março, define Plenário do STJ. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 02 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-02/cpc-entrara-vigor-dia-18-marco-define-stj>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, DF. 420 fls. 2008. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp149009.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

CRITCHLEY, Simon. *Continental Philosophy: a very short introduction*. New York: Oxford University Press, 2001.

DANTAS, Ana Carolina de Sá. Reflexões acerca das técnicas utilizadas para afastar o uso do precedente: *overruling* e *distinguishing*, **Publicações da Escola da AGU**, 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course, ano 3, n. 12, set/out 2011, p. 37-62.

DAVID, René; BRIERLEY, John E. C. **Major Legal Systems in The World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law**. 3ª ed. London, UK: Stevens & Sons, 1985. (Special Edition for the members of the Legal Classics Library).

DICKENS, Charles. **Um Conto de Duas Cidades**. Tradução de Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1982. (Coleção Grandes Romances).

FALCÃO, Clóvis Marinho de Barros. **Um olhar pragmático sobre teorias do direito**: a verdade estética como reação à incerteza. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Recife, PE. 272 fls. 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10936/TESE%20Clóvis%20Marinho%20de%20Barros%20Falcão.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

GARNER, Bryan A (Ed.). **Black's Law Dictionary**. 9ª ed. St. Paul, US: West Publishing Co., 2009.

GEAREY, Adam; MORRISON, Wayne. **Common law reasoning and institutions**. London, UK: University of London International Programmes Publications Office, 2012. – (Subject guide).

GENN, Hazel. **Common law reasoning and institutions**. London, UK: International Programmes Publications Office, 2015. – (Subject guide).

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Tradução: William Rehg. Cambridge, US: The MIT Press, 1996. (Studies in contemporary German social thought).

HAARSCHER, Guy. Some Contemporary Trends in Continental Philosophy. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (Eds.). **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford, UK: Blackwell Publishing, 2005. – (Blackwell philosophy guides; 18). p. 300-312.

KAFKA, Franz. **O Processo**. Tradução de Guimarães Editores. Alfragide, Portugal: LeYa, 2009. (Publicações Dom Quixote). Versão EPUB.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas, **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 1, jan. 2014, p. 89-104. Disponível em: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/8/8>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions by United States Court of Appeals, **Fordham Law Review**, v. 51, 1982, p. 53-89. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4600&context=flr>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MACEDO, Elaine H.; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade, **Revista de Processo**, v. 204, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 351-367.

MAINE, Henry. **Lectures on the Early History of Institutions**. 7^a ed. London, UK: John Murray, 1897.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>. Acesso em: 15 jan. 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

McIVER, John P.; CARMINES, Edward G. **Unidimensional Scaling**. Newbury Park, London, New Delhi: Sage Publications, 1981. – (University Paper Series. Quantitative Applications in the Social Sciences – n. 07-024).

McLEOD, Thomas Ian. **Legal Method**. 3^aed. London, UK: Macmillan Press, 1999. – (Macmillan Law Masters).

NADDEO, Barbara Anne. **Vico and Naples**: The Modern Origins of Modern Social Theory. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2011.

OYEZ. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), 2018. Disponível em: < <https://www.oyez.org/cases/1989/88-1213>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968), 2018. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1967/232>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

PATTARO, Enrico. **The Law and The Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to Be**. Dordrecht: Springer, 2005.

POUND, Roscoe. Justice According to Law, **The Mid-West Quarterly (1913-1918)**, v. 6, 1914. p. 223-235. Disponível em: <<https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=midwestqtrly>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

RAMBERG, Bjørn; GESDAL, Kristin. "Hermeneutics". In: ZALTA, Edward N. (Ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2005. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/hermeneutics/>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

REGINATO, Andréa D. de A.; ALVES, Robson C. de J. O Ementário Jurisprudencial como Fonte de Pesquisa: uma análise crítica a partir dos dados obtidos no estudo "A prática judicial do *habeas corpus* em Sergipe (1996-2000)", **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 1, jan. 2014, p. 140-153. Disponível em: <www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/11/11>. Acesso em: 15 jan. 2017.

RODRIGUES, S. Crise: perigo, oportunidade... papo furado. **SobrePalavras**, 17 fev. 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/crise-perigo-oportunidade-e-8230-papo-furado/>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

RORTY, Richard. **Truth and Progress: Philosophical Papers**. v. 3. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1998.

SALDANHA, Nelson. Da Teologia à Metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico. 2a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SCOTUS. Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, **SCOTUSblog** – Supreme Court of the United States Blog, 2018. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/case-files/cases/masterpiece-cakeshop-ltd-v-colorado-civil-rights-commn/>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

SHANNON, Bradley Scott. Overruled by implication, **Seattle Law Review**, v. 33, 2009, p. 151-189. Disponível em: <

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1518549>. Acesso em: 19 jan. 2018.

SNOW, Charles Percy. *The Two Cultures and The Scientific Revolution – The Red Lecture* – 1959. New York: Cambridge University Press, 1961. Disponível em: <http://sciencepolicy.colorado.edu/students/envs_5110/snow_1959.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2018.

SOUZA, Léa Émile M. Jorge de. Noções gerais sobre o funcionamento do sistema de precedentes vinculantes no *common law*, **Publicações da Escola da AGU**, 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course, ano 3, n. 12, set/out 2011, p. 213-240.

SUPREME COURT OF MINNESOTA. *Richard John Baker v. Gerald R. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971). Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=14283825888588258352&hl=en&as_sdt=6&as_vis=1&oi=scholar>. Acesso em: 20 jan. 2017.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et. al., Petitioners v. Colorado Civil Rights Commission, et. al., Respondents* – Oral Arguments Transcripts, 16-111, Washington, D.C., 05 dez. 2017. Texto sujeito a revisão final. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2017/16-111_f314.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015). Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

TOULMIN, Stephen. **Cosmopolis: The Hidden Agenda of Modernity**. Chicago, US: The University of Chicago Press, 1992.

APÊNDICE A – Ocorrência das expressões “ratio decidendi” e “stare decisis” na base de dados do Google Books Ngram Viewer

